Das Gewohnheitsrecht nach dem heutigen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Curt Kochmann,
Referendar.

Wüstegiersdorf
Buchdruckerei von M. Jacob.
1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Brie.

Brie, Dekan.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0040

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite

Der Begriff des Gewohnheitsrechts 1

Allgemeiner Teil.

§ 1. Die Geschichte des Gewohnheitsrechts 3

§ 2. Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts:

A. Die Gestaltungstheorie 12

B. Unsere Auffassung vom Geltungsgrunde des Gewohnheitsrechts . 16

§ 3. Die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts:

A. Die Ueberzeugungstheorie 17

B. Die Uebungstheorie 20

C. Rechtsüberzeugung und Uebung als Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts 22

I. Die Beschaffenheit der Rechtsüberzeugung:

a) Die Träger der Rechtsüberzeugung und die Arten des Gewohnheitsrechts 23

b) Rechtsmäßigkeitsüberzeugung 24

c) Die Bedeutung des Irrtums 25

d) Das Erfordernis der Rationabilität 27

II. Die Beschaffenheit der Uebung 29

§ 4. Die Anwendung des Gewohnheitsrechts 30

§ 5. Die Abgrenzung des Gewohnheitsrechts gegen die „Verkehrssitte“ des Bürgerlichen Gesetzbuches 30

Besonderer Teil.

§ 6. Die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht im allgemeinen 34

§ 7. Die Geltung von Reichsgewohnheitsrecht neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche 40

Seite

§ 8. Die Geltung von Landesgewohnheitsrecht neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche:

A. Die grundsätzliche Beseitigung des Landesgewohnheitsrechts . . 46

B. Die Vorbehalte zu Gunsten des Landesgewohnheitsrechts:

I. Im allgemeinen 51

II. Insbesondere für die Gebiete, in denen Landesgewohnheitsrecht bisher ausgeschlossen war 53

C. Die Ansicht der Gegner über das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Landesgewohnheitsrecht und deren Widerlegung 55

Schluß.

Der Wert des Gewohnheitsrechts 61

Abkürzungen.

A.L.R. = Allgemeines Landrecht.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
E.G. = Einführungsgesetz (wenn ohne Zusatz = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche).
H.G.B. = Handelsgesetzbuch.
K.O. = Konkursordnung.
R.V. = Verfassung des Deutschen Reichs.
St.P.O. = Strafprozeßordnung.
Z.P.O. = Zivilprozeßordnung.

Litteraturverzeichnis.

Beseler, System des allgemeinen deutschen Privatrechts B. 1, 4. Aufl., Berlin 1885.

Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht Bd. 1, Breslau 1899.

Brie, Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in der Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905.

Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, 6. Aufl., Leipzig-Berlin.

Bruns, Das heutige Römische Recht, in v. Holtzendorffs Enzyklopädie, 5. Aufl., Leipzig.

Bruns-Pernice-Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, 6. Aufl, Leipzig-Berlin.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürg. Rechts Bd. 1, Jena 1898.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürg. Rechts Bd. 1, 4. Aufl., Jena 1903.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1, Tübingen-Leipzig 1900.

Crome, Partikulares Gewohnheitsrecht? in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 39.

Dahn, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere vom Gewohnheitsrecht, in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung Bd. 6, Berlin 1872.

Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 38.

Dernburg, Pandekten Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, Halle 1902 und Bd. 2,1, 3. Aufl., Halle 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1903.

Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, im Archiv f. d. ziv. Pr., Bd. 69.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin 1903.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, Marburg 1900

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert R.G.)

Esser, Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, Berlin 1889.

Gareis, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B., Berlin 1900.

Geisler, Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts, Breslauer Diss. 1904.

Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1, Leipzig 1895.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1889.

Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter Bd. 1, Nördlingen 1864.

Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung, im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 73.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B., München 1900.
Krückmann, Das Gewohnheitsrecht und das B.G.B., in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 38.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1903 und Bd. 3, 1904, 2. Aufl., Berlin.
Kuhlenbeck, Das Gewohnheitsrecht, in der Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1895.
Küntzel in Gruchots Beiträgen, Bd. 41.
Landsberg, Das Recht des B.G.B., Bd. 1, Berlin 1904.
Leonhard R., Institutionen des Römischen Rechts, Leipzig 1894.
Leonhard R., Der allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, Berlin 1900.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. 1, Berlin 1899.
Motive zum Entwurfe eines B.G.B., Bd. 1 (zitiert: Mot.).
Motive zum Einführungsgesetz zum B.G.B.
Niedner, Kommentar zum Einführungsgesetz zum B.G.B., Berlin 1899.
Osthelder, Kann Reichsrecht auf dem Wege der Rechtsgewohnheit entstehen? in der Zeitschrift „Das Recht" 4. Jahrg. 1900 Nr. 2.
Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. 1 und Bd. 6, 3. Aufl., Berlin 1903 u. 1905.
Protokolle der Kommiss. f. d. 2. Lesung d. Entw. d. B.G.B., Bd. 1 und Bd. 6 (zitiert: Prot.).
Puchta, Das Gewohnheitsrecht Teil 1 und 2, Erlangen 1828 u. 1837.
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
Rümelin G, Das Gewohnheitsrecht, in v. Iherings Jahrbüchern, Bd. 27.
Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übersetzt und herausgegeben von R. Leonhard in dessen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 14. Heft, Breslau 1905.
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840.
Scholz, Das B.G.B. und das Gewohnheitsrecht in d. Jur. Ztschr. f. Elsaß-Lothringen 24. Jg. 1899.
Schuppe, Das Gewohnheitsrecht zugleich eine Kritik u. s. w., Breslau 1890.
v. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1, 1903 u. Bd. 6, 1900 München.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1, 3. Aufl. Berlin 1893.
Stranz, Verhältnis des Reichsprivatrechts zum Landesprivatrecht, in v. Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie, 6. Aufl., Leipzig-Berlin.
Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1900.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1, 7. Aufl., Marburg-Leipzig 1863.
Wachsmann, Der Begriff des Gewohnheitsrechts Bresl. Diss. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1, 8 Aufl., Frankfurt a. M. 1900.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Allg. Teil, Leipzig 1900.
Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 66.

Einleitung.

Der Begriff des Gewohnheitsrechts.

Die Gesamtheit der das äußere Verhalten einer Gemeinschaft mit verbindlicher Kraft regelnden Normen nennt man objektives Recht. Die Rechtssätze wurzeln in der Ueberzeugung[1]) des beteiligten Personenkreises, daß ein Tatbestand Recht oder Unrecht ist. Diese einem jeden Rechtssatze zu Grunde liegende Rechtsüberzeugung kann sich in zweifacher Weise in Rechtsnormen umsetzen: entweder mittelbar durch Machtspruch des mit der Rechtssetzung betrauten Organes der Gemeinschaft, für welche die Norm Geltung haben soll, oder unmittelbar durch selbstschöpferische Betätigung des betreffenden Gemeinschaftskreises — durch Uebung.

Aeußerlich erscheinen Gesetzgebung und Uebung als Ursprungsstellen allen Rechtes, während sie in Wirklichkeit nur die Kanäle darstellen, durch welche die Rechtsüberzeugung hindurchfließen muß, um sich zu einer Rechtsregel zu verdichten. Man hat sich daher daran gewöhnt, Rechtssetzung und Uebung als Rechtsquellen zu bezeichnen. Je nachdem

[1]) A. M. Dernburg Pand. S. 41: „Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille", Dernburg, Bürg. Recht Bd. I S. 45, Eisele S. 289, Schuppe S. 19 ff, Sturm S. 207.

das Recht aus der einen oder anderen Quelle fließt, unterscheidet man Gesetzesrecht und Uebungs- oder Gewohnheitsrecht.

Wir können somit das Gewohnheitsrecht definieren als objektives ungesetztes Recht, das innerhalb einer Gemeinschaft auf Grund einer vorhandenen Rechtsüberzeugung durch fortdauernde Uebung entsteht.[1])

---

[1]) Vgl. Puchta I S. 147, Gierke D. P. R. S. 159, Dernburg Pand. S. 51 und Bürg. Recht I S. 74, Windscheid S. 63, Beseler S. 82 ff, Endemann S. 34, Crome System S. 84.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Die Geschichte des Gewohnheitsrechts.

1. Eine eingehende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Gewohnheitsrechts würde aus dem Rahmen des Themas dieser Schrift herausfallen; andrerseits wäre ihr gänzliches Beiseitelassen für dessen Verständnis nachteilig. Der Verfasser beschränkt sich daher darauf, nur die wichtigsten Momente aus der Geschichte des Gewohnheitsrechts hervorzuheben, im übrigen aber auf die Werke zu verweisen, die diesen speziellen Teil der Materie zum Gegenstande haben.

Es erscheint als das Naturgemäße, gleich an den Beginn einer Abhandlung über die Geschichte des Gewohnheitsrechts die Frage zu stellen, welche der beiden Rechtsquellen, Gesetzgebung oder Rechtsgewohnheit, die ältere ist. Nicht bei allen Völkern und nicht auf jedem Rechtsgebiete hat das Gewohnheitsrecht einen gleich günstigen Boden für seine Entwicklung vorgefunden. Gleichwohl geht heute die herrschende Ansicht der Rechtshistoriker dahin, daß im allgemeinen das Gewohnheitsrecht älter als das Gesetzesrecht ist. Insbesondere wird als sicher angenommen, daß Institute wie die Ehe, die Verwandtschaft, das Eigentum zu Rechtsinstituten erhoben

waren, lange bevor der Rechtsgeber sie durch Gesetze geregelt hatte.[1])

2. In Rom war vor der Zwölftafelgesetzgebung der überwiegende Teil des vorhandenen Rechtsstoffes gewohnheitsrechtlicher Natur.[2]) „Die ganze Vorgeschichte der Zwölftafelgesetzgebung drängt zu der Annahme, daß der Königszeit die Gesetzgebung noch fremd gewesen sei, das Recht sich damals ausschließlich durch Gewohnheit und die Sprüche des Königsgerichts fortgebildet habe."[3]) Aber auch nach der großen Kodifikation lebte das Gewohnheitsrecht weiter fort. Es trat zu Tage in der an die XII Tafeln sich anschließenden sog. interpretatio und nicht zum wenigsten in der prätorischen Rechtsbildung[4]), die ja nicht eine Gesetzgebung, sondern nur der Ausdruck für die im Volke entstandenen Rechtsanschauungen war. „Bloße Niederlagen des Gewohnheitsrechts" nennt *Puchta*[5]) die prätorischen Edikte.

Nach römischer Anschauung geht das Gewohnheitsrecht aus einem äußeren und einem inneren Moment hervor. Es beruht auf einer lange Zeit hindurch fortgesetzten Uebung, einer inveterata consuetudo, per annos plurimos observata. Die consuetudo ist nicht lediglich eine Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts, sondern ein für seine Bildung notwendiger Faktor. Dazu tritt als inneres Entstehungserfordernis des Gewohnheitsrechts der tacitus consensus omnium oder die tacita civium conventio, d. i. ein wenn auch stillschweigender, so doch bewußter, auf die Erzeugung von Gewohnheitsrecht gerichteter Willensakt des römischen populus.[6])

Diese Theorie vom Gewohnheitsrecht erklärt sich aus dem stark entwickelten Rechtsbewußtsein des römischen Volkes,

[1]) Vgl. Gierke D. P. R. S. 126 u. 163, Dernburg Pand. S. 56.
[2]) Vgl. Brie Lehre S. 4.
[3]) Bruns-Pernice-Lenel S. 89.
[4]) Vgl. Leonhard Inst. S. 74, 94.
[5]) a. a. O. I S. 44.
[6]) Vgl. l. 32 u. 35 D. 1,3 und Brie Lehre § 3.

aus seinem Charakter als Rechtsvolk.[1]) Sie beruht jedoch auf einer „Verwechslung des politisch organisierten populus mit dem Volke im natürlichen Sinne"[2]); nur letzteres ist eine zur Erzeugung von Gewohnheitsrecht fähige Macht.

Consuetudo und consensus schufen ein dem Gesetze gleichwertiges Recht.[3]) Es sollte keinen Unterschied bedeuten, ob das römische Volk seinen Willen mittelbar durch Abstimmung in den gesetzgebenden Versammlungen oder außerhalb derselben unmittelbar durch Uebung und Betätigung zu erkennen gab. Die geschriebenen Gesetze konnten daher nicht bloß durch einen Gesetzgebungsakt, sondern auch durch eine auf dem Gemeinwillen des Volkes beruhende Rechtsgewohnheit ausgelegt, ergänzt und aufgehoben werden.[4])

Erst in der Zeit des absoluten Kaisertums verlor das Gewohnheitsrecht seine historische Bedeutung und seine Kraft gegenüber dem Gesetze, wie aus einem Reskript Konstantins hervorgeht.[5])

3. Im corpus iuris canonici und in der kanonistischen Wissenschaft[6]) begegnen wir bezüglich des Gewohnheitsrechts zwei entgegengesetzten Strömungen: einer ihm günstigen und einer ihm feindlichen. Diese Erscheinung beruht nicht bloß auf der Verschiedenheit der Ansichten der kirchlichen Schriftsteller über das Gewohnheitsrecht, sondern erklärt sich aus dem Wesen der katholischen Kirche. Das Recht der katholischen Kirche war in den ersten Jahrhunderten ihres Bestehens zu einem großen Teile selbst gewohnheitsrechtlicher Natur. Dazu kommt, daß die in dem ausgedehnten Herrschaftsgebiete der katholischen Kirche hervor-

[1]) So Sturm S. 33.

[2]) Zitelmann Gew. Recht S. 365.

[3]) Vgl. l. 32 D. 1,3.

[4]) Die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht im römischen Recht ist in dem im Text dargelegten Sinne eingehend behandelt bei Brie Lehre § 6.

[5]) Vgl. l. 2 cod. quae sit longa cons. 8,52.

[6]) Ich folge den Ausführungen Bries in seiner Lehre §§ 9-11; vgl. ferner Puchta I S. 184 ff.

tretenden verschiedenartigen Rechtsbedürfnisse die Ausbildung partikulärer Sonderrechte zur Folge hatten. Andrerseits mußte die katholische Kirche darauf bedacht sein, nationale Rechtsquellen, in erster Reihe also die Rechtsgewohnheit, so viel als möglich zu verstopfen, weil sie ihrer anationalen Verfassung gefährlich werden konnten.

Diese gegensätzlichen Strömungen machen sich im corpus iuris canonici besonders in den Aussprüchen über die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht bemerkbar. Während das decretum Gratiani ein dem Gesetze widerstreitendes Gewohnheitsrecht nicht anerkennt, wird diesem in den nachgratianischen Dekretalen die Kraft zugesprochen, dem Gesetzesrecht — dem ius positivum — zu präjudizieren. Allerdings soll das Gewohnheitsrecht diese Fähigkeit nur unter zwei Voraussetzungen besitzen: sein Inhalt muß rationabilis und die Gewohnheit muß von mindestens vierzigjähriger Dauer, sie muß legitime praescripta sein.[1]) Irrationabel ist jede Gewohnheit, die sich mit einem von der Kirche allgemein anerkannten Grundsatze in Widerspruch setzt. *Brie* hält es für wahrscheinlich, daß sich das Erfordernis der legitima praescriptio nur auf solches Gewohnheitsrecht bezieht, welches einem allgemeinen Kirchengesetze derogieren soll.

Eine unüberwindbare Schranke für das Gewohnheitsrecht bilden die göttlichen Vorschriften — des ius naturale; dieses kann durch keinerlei Gewohnheit abgeschafft werden.

Die Kanonisten betonen vorwiegend das dem Gewohnheitsrecht zu Grunde liegende innere Entstehungsmoment. Auch sie hielten allerdings für die Entstehung des Gewohnheitsrechts einen Rechtssetzungswillen der Uebenden für erforderlich. Daneben verlangten sie aber auch den Glauben der Handelnden, die Uebung entspringe einem subjektiven Rechte, bezw. den Glauben an die Rechtsverbindlichkeit der Uebung. Zu einer klaren Scheidung von Rechtswillen und

[1]) Vgl. cap. ult. X de cons. 1,4.

Rechtsüberzeugung ist jedoch die kanonistische Theorie nicht gelangt.

4. Die Glossatoren[1]) gehen bei ihren Erörterungen über das Gewohnheitsrecht vom corpus iuris civilis aus. Den Aussprüchen des kanonischen Rechtes über das Gewohnheitsrecht messen sie keine so große Autorität bei.

Ebenso wie im römischen Recht werden in den Schriften der Glossatoren consuetudo und consensus als Entstehungsvoraussetzungen des Gewohnheitsrechts bezeichnet. Besonders über die Eigenschaft der consuetudo haben die Glossatoren selbständige eingehende Untersuchungen angestellt, bei denen sie sich zum Teil vom kanonischen Recht beeinflussen ließen, namentlich was die Dauer der Uebung anlangt.

Nach den verschiedenen Wirkungen, die das Gewohnheitsrecht in seinem Verhältnis zum Gesetzesrecht haben kann, unterscheiden die Glossatoren ergänzendes, auslegendes, bestärkendes und aufhebendes Gewohnheitsrecht.

Auch die Glossatoren erkennen dem Gewohnheitsrecht eine derogatorische Kraft zu. Nach der herrschenden Ansicht kann sogar eine partikulare Gewohnheit für ihren Bezirk ein allgemeines Gesetz außer Kraft setzen.

5. Durch die Nachfolger der Glossatoren, die Postglossatoren, hat die Lehre vom Gewohnheitsrecht eine nicht unbedeutende Förderung erfahren.[2]) Sie knüpfen an die in den Glossatorenschriften niedergelegten Ergebnisse an, wiederholen diese zum Teil, entwickeln sie aber auch unabhängig von ihren Vorgängern fort.

Während die Glossatoren ihr Augenmerk in erster Reihe auf die für die Bildung von Gewohnheitsrecht erforderliche consuetudo richteten, schenkten die Postglossatoren hauptsächlich dem anderen Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts, dem consensus populi, Beachtung. In ihrem Bestreben das Gewohnheitsrecht gegen verwandte Begriffe

[1]) Vgl. Brie Lehre §§ 12—16.
[2]) Vgl. Brie Lehre §§ 17—22.

abzugrenzen, stellten es die Postglossatoren vornehmlich in Gegensatz zum Gesetzesrecht, und zwar, da sie besonders das partikulare Gewohnheitsrecht zum Gegenstande ihrer Untersuchung machten, zu den partikularen Gesetzen, den Statuten. Den gemeinsamen Ursprung von Gewohnheitsrecht und Statut sahen die Postglossatoren in dem auf Rechtsschaffung gerichteten Willen des Volkes, der Unterschied zwischen beiden sollte darin bestehen, daß das Statut einer ausdrücklichen, das Gewohnheitsrecht hingegen einer stillschweigenden Willensäußerung des Volkes seine Entstehung verdankt: das Gewohnheitsrecht wurde gleichsam als „statutum tacitum" betrachtet.

Ebenso wie die Glossatoren schrieben auch die Postglossatoren dem Gewohnheitsrecht eine dem Gesetze gleiche Kraft zu.

6. Das gleiche Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht wie in den Anfängen Roms finden wir in der germanischen Urzeit.[1]) Auch bei den Germanen ist alles Recht „ungeschriebenes und weitaus überwiegend Gewohnheitsrecht."[2]) Man kleidete das Recht in Sprichwörter, um es im Gedächtnis des Volkes frisch zu erhalten. Die durch die Völkerwanderung entstandenen Stammesverschiebungen machten jedoch eine Aufzeichnung des alten Rechtes erforderlich. So entsanden die sogen. leges Barbarorum, auch „Volksrechte" genannt. Soweit diese sich darauf beschränkten, das geltende Recht festzuhalten, und das geschah zum überwiegenden Teil, wurde dieses nicht etwa wegen der schriftlichen Form, die es nunmehr annahm, Gesetzesrecht, sondern blieb nach wie vor Gewohnheitsrecht; von den Dinggenossen und später von den Rachimburgen und Schöffen wurde es in der öffentlichen Gerichtsversammlung zur Anwendung gebracht.

Und als im deutschen Reiche seit dem 10. Jahrhundert die alten Volksrechte außer Geltung kamen und auch die Quelle

[1]) Vgl. Brie Lehre §§ 27—32.
[2]) Brunner S. 177.

der königlichen Satzungsgewalt, die sich in der fränkischen Zeit neben das vom Volke ausgehende Recht gestellt hatte, versiegte, war das deutsche Recht in den folgenden Jahrhunderten wiederum ungeschriebenes, auf Gewohnheit beruhendes Recht. Gewohnheitsrecht blieb es auch, als es seit der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts in privaten Rechtsbüchern niedergelegt wurde.

Das deutsche Recht machte die Entstehung des Gewohnheitsrechts von drei Voraussetzungen abhängig. Ein hohes, wenn auch im einzelnen nicht genau bestimmtes Alter gilt als ein unbedingtes Erfordernis des Gewohnheitsrechts. Gerade weil das Gewohnheitsrecht als ein Recht erschien, welches von den Vätern überkommen war, stand es bei den Deutschen in so hohem Ansehn.[1]) Als zweites Moment tritt, ebenso wie im römischen Recht, die Uebung hinzu; diese ist nicht ein Zeichen für ein bereits bestehendes Gewohnheitsrecht, sondern ein Erfordernis für die Entstehung eines Rechtssatzes. Der dritte Faktor ist die Ueberzeugung der Uebenden, einen Satz des geltenden Rechtes — vielleicht auch nur der Gerechtigkeit — anzuwenden. Dieses Merkmal unterscheidet das deutsche Recht vom römischen. Während dieses nach *Julians* Theorie das Gewohnheitsrecht auf eine gewollte Rechtsschaffung des Volkes zurückführt, betrachtet das deutsche Recht die unbewußte Ueberzeugung, in Anwendung des bestehenden Rechtes zu handeln, als Grundlage des Gewohnheitsrechts. Fehlte den Uebenden diese Ueberzeugung, dann lag nicht ein wirkliches Gewohnheitsrecht, eine „rechte" Gewohnheit, sondern nur eine tatsächliche Uebung vor.

7. Mit dem fremden Rechte kam auch die Lehre der römischen Juristen vom Gewohnheitsrecht, wie sie in Italien durch die Glossatoren und Postglossatoren fortgebildet war, nach Deutschland. Seit der historischen Schule war die Anschauung herrschend, daß die deutschen Juristen der

[1]) Vgl. Graf und Dietherr Nr. 119: „Das haben die Alten auf uns gebracht, wir weisen es weiter für Recht."

Rezeptionszeit sich zum Gewohnheitsrecht feindlich gestellt hätten. Insbesondere wies *Puchta* darauf hin, daß die Rechtsgelehrten das Gewohnheitsrecht unterdrückt hätten, weil sie in ihm das heimische, deutsche Recht sahen, vor dessen Eindringen sie das soeben aufgenommene fremde Recht bewahren wollten.[1]) *Brie* hat jedoch in seiner Abhandlung über die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht nachgewiesen, daß diese bis in die neueste Zeit herrschend gewesene Ansicht einseitig ist und der Bedeutung, welche die damaligen deutschen Juristen der Rechtsgewohnheit als Rechtsquelle beigemessen haben, nicht gerecht wird.[2])

Bestimmend für ihre Wertschätzung des Gewohnheitsrechts war nicht der Gegensatz von Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht, sondern von gemeinem und partikularem Recht. Das rezipierte römische Recht sollte als gemeines Recht den Vorrang vor jedem besonderen Recht, also auch vor dem partikularen Gewohnheitsrecht, haben. Da nun das deutsche Recht zum weitaus überwiegenden Teile Gewohnheitsrecht war, gelangte man dazu, das ablehnende Verhalten der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit gegenüber dem Partikularrecht als Feindschaft gegen das Gewohnheitsrecht als solches hinzustellen.

Schon daraus, daß die deutschen Juristen jener Zeit ihrer Theorie vom Gewohnheitsrecht den von den Postglossatoren entwickelten Begriff des statutum tacitum zu Grunde legten, geht hervor, daß sie Gesetz und Gewohnheit im wesentlichen als gleichberechtigt behandelten. Dementsprechend schrieben sie auch im Prinzip dem Gewohnheitsrecht eine derogatorische Kraft zu. Allerdings erfuhr dieser Grundsatz in seiner praktischen Anwendung dadurch eine nicht unerhebliche Einschränkung, daß die Parteien, wenn sie sich auf ein Gewohnheitsrecht beriefen, welches nicht gerichtskundig

[1]) Vgl. Puchta I S. 190 ff, 201.
[2]) Vgl. Brie, Die Stellung u. s. w. in der Festgabe für Dahn.

war, den Beweis für dessen Bestehen erbringen mußten. Derselben Beschränkung waren aber auch die partikularen Gesetze, die Statuten, unterworfen.

Im Anschluß an die Postglossatoren betrachteten auch die deutschen Juristen der Rezeptionszeit eine langjährige Uebung und den durch diese sich offenbarenden Willen der Uebenden, einen Rechtssatz zu schaffen, als Erfordernisse des Gewohnheitsrechts. In Uebereinstimmung mit dem alten deutschen Recht und der kanonistischen Wissenschaft hielten sie aber auch die Ueberzeugung von der rechtlichen Verbindlichkeit der Uebung als ein für die Entstehung des Gewohnheitsrechts notwendiges Moment. Nur wenige Rechtsgelehrte sahen in der Zustimmung des Fürsten eine weitere Voraussetzung für die Bildung von Gewohnheitsrecht.

Eine irrationable Gewohnheit, d. i. eine solche, welche gegen göttliches oder natürliches Recht verstieß oder den guten Sitten oder dem öffentlichen Wohle zuwiderlief, erschien als ungeeignet zur Begründung von Gewohnheitsrecht.

8. Die naturrechtliche Schule verhielt sich zum Gewohnheitsrecht im allgemeinen ablehnend. Eine Theorie, die ihr Ideal in einem Rechte sah, das für alle Zeiten und Völker paßte, konnte nicht viel Vorliebe für ein Recht übrig haben, in dem sich nationale und partikulare Eigentümlichkeiten aussprachen. Dazu kommt, daß jene Zeit des aufgeklärten Absolutismus im Staate den alleinigen Gesetzgeber sah.

Wie die Rechtswissenschaft, so unterdrückte auch die Gesetzgebung der damaligen Zeit das Gewohnheitsrecht. So schon zum Teil die partikularen Gesetzbücher des 17. Jahrhunderts, besonders aber die großen Kodifikationen des zu Ende gehenden 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts.[1])

9. Eine andere, neue Auffassung vom Gewohnheitsrecht hat die historische Schule des 19. Jahrhunderts uns gelehrt. Hatte die vorangehende Zeit dem Gewohnheitsrecht eine vom Gesetze unabhängige Daseinsberechtigung versagt,

[1]) Vgl. Gierke D. P. R. S. 160 f.

so erkannte die historische Schule dem Gewohnheitsrecht den Vorrang vor dem Gesetzesrechte zu.[1]) Sie hat betont, daß das Gewohnheitsrecht am Anfange jeder Rechtsentwicklung steht, daß aber auch in fortgeschrittenen Rechtsperioden der Gesetzgeber auf die Dauer seiner nicht entraten kann, soll nicht das Gemeinwesen Schaden nehmen. Demgegenüber verschlägt es nicht, daß die historische Schule in eine Ueberschätzung des Gewohnheitsrechts verfallen ist, die in neuerer Zeit dem Gewohnheitsrechte feindliche Strömungen hervorgerufen hat.

§ 2.

Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts.

A. Die Gestattungstheorie.

Das B.G.B. enthält über das Gewohnheitsrecht keine ausdrückliche Bestimmungen. Aus Art. 2 seines E. G. und aus seiner Entstehungsgeschichte ergibt sich jedoch, daß sein Schweigen die Anerkennung des Gewohnheitsrechts als geltendes Recht bedeutet.[2]) Die gemeinrechtlichen Streitfragen über den Geltungsgrund und die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts sind daher auch heute noch fortzuführen und auf dem Boden des B.G.B. auszutragen.

Wir haben im vorangehenden Paragraphen erwähnt, daß einzelne deutsche Rechtsgelehrte der Rezeptionszeit die Zustimmung des Fürsten als Entstehungsvoraussetzung des Gewohnheitsrechts betrachteten.[3]) In der Zeit der naturrechtlichen Schule trat das Element der landesherrlichen Genehmigung in den Mittelpunkt der Lehre vom Gewohnheitsrecht, indem man der Rechtsgewohnheit den Charakter einer vom Gesetze unabhängigen Rechtsquelle absprach und dem Gewohnheitsrecht selbst eine verbindliche Kraft nur dann beilegte, wenn und insoweit es im Gesetze ausdrücklich als geltendes Recht an-

[1]) Vgl. Saleilles S. 65.
[2]) Näheres darüber im § 7.
[3]) Vgl. Gierke D. P. R. S. 162.

erkannt war. Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts lag nach dieser Theorie nicht in ihm selbst, d. h. in seinem Rechtscharakter, sondern außerhalb und zwar in der Anerkennung von Seiten des Landesherrn bezw. des Staates.[1])

Diese Theorie, die man zutreffend „Gestattungstheorie" nennt, gewann eine große Verbreitung, da sie durch die einheitliche Zurückführung allen Rechtes auf den Gesetzgeber das Problem des Gewohnheitsrechts gelöst zu haben schien. Aber auch nur „schien", denn daß die Gestattungstheorie dem Wesen des Gewohnheitsrechts nicht im geringsten gerecht wird und nicht gerecht werden kann, weil sie nicht auf den Vorgang, dem das Gewohnheitsrecht seine Entstehung verdankt, eingeht, hat augenfällig die historische Schule nachgewiesen. Von heutigen Vertretern dieser Theorie seien hier nur *Bruns* und *Rümelin* genannt.

Die Gestattungstheorie steht auf dem Standpunkte, daß alles Recht ein Erzeugnis des Staates ist. Das Gewohnheitsrecht kann mithin im Staate nur dann Geltung beanspruchen, wenn es die Genehmigung des Staates erhalten hat; erst diese macht es zum „Recht", d. h. zur verbindlichen Norm.

Da jedoch die Voraussetzung dieser Theorie falsch ist, entfällt auch ihre Folgerung. Die Annahme, daß das Recht ausschließlich vom Staate ausgeht, ist zunächst historisch unwahr. Wie wir bereits betont haben, hatte sich die Menschheit verschiedene Rechtsinstitute — und nicht die unwichtigsten! — geschaffen, bevor der Gesetzgeber mit seiner rechtssetzenden Wirksamkeit begonnen hatte. Aber auch nachdem das Gewohnheitsrecht einen Teil seiner Bedeutung zugunsten des Gesetzesrechts eingebüßt hatte, hat es sich seine Eigenschaft als „Recht" bewahrt. „Der Staat zieht nicht notwendig die ganze rechtserzeugende Kraft des Volkes an sich." „Es kann also neben dem Gesetzesrecht noch ein Volksrecht geben."[2])

[1]) Vgl. Saleilles S. 65.

[2]) Beseler S. 82 f; vgl. auch Gierke D. P. R. S. 182.

Das gilt aber auch noch für unsere Zeit. Die Erfahrung lehrt, daß sich auch heute noch im täglichen Leben Normen herausbilden, die auf die Lebensverhältnisse mit verbindlicher Kraft einwirken, ohne daß sie von außen her, etwa durch die Genehmigung des Gesetzgebers, eine besondere Weihe erhalten hätten. Tritt dem Richter eine solche Norm entgegen, und hat er sich davon überzeugt, daß er es mit einem Gewohnheitsrechtssatze zu tun hat, so wendet er sie eben, weil sie „Recht" ist, an.

Uebrigens gibt auch *Rümelin* zu, daß das Gewohnheitsrecht sich stets „faktisch" Geltung verschafft hat.[1]) Die Frage, die hier interessiere, sei jedoch, „ob und weshalb dem Gewohnheitsrecht Geltung im Sinne einer Verpflichtung zukomme."[2]) Nach *Rümelin* liegt nämlich der Grund für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf dem Gebiete der Ethik, und diese ethische Stütze wird dargestellt durch die Genehmigung des Staates. Allerdings macht sich hier *Rümelin* selbst den Einwand, „daß die Zurückführung einer Verpflichtung auf den Befehl irgend einer Autorität keine abschließende Begründung derselben enthält . . ., da sich sofort die Frage erhebt, weshalb dann die Befehle dieser Autorität anerkannt werden sollen."[3]) Und dieser Einwand ist hier um so berechtigter, als man ja die Staatenbildung selbst auf Gewohnheitsrecht zurückführt.[4]) Das hindert jedoch *Rümelin* nicht, seine Theorie trotzdem aufrecht zu erhalten, denn „die wirkliche Bedeutung der staatlichen Ordnung beruht auf ihrem Wert, nicht auf der Uebung . . . und darum ist auch die Möglichkeit vorhanden, daß der auf der Uebung mit beruhende Staat der Uebung selbst ein Ansehen und eine Bedeutung verleiht, welche sie vorher nicht hatte."[5]) Jedoch selbst wenn man dieses Argument anerkennt, kann man immer noch nicht die Geltung des Gewohnheitsrechts vom

---

[1]) a. a. O. S. 163 u. 208.
[2]) a. a. O. S. 167.
[3]) a. a. O. S. 192.
[4]) Vgl. Puchta I S. 209 und Zitelmann Gew.-Recht S. 457.
[5]) a. a. O. S. 190 f.

Staate herleiten, denn wir kennen Rechtsperioden, in denen das Gewohnheitsrecht in voller Blüte gestanden hat, ohne daß ihm der Gesetzgeber seine Sanktion erteilt hatte.[1]) War es aber damals wirkliches „Recht", so ist es auch heute noch, denn sein Wesen hat es inzwischen nicht geändert.

Auch daraus, daß, wie wir weiter unten sehen werden, der Gesetzgeber das Gewohnheitsrecht ausschließen kann, folgt keineswegs, daß es seine verbindliche Kraft vom Staate erhält, und treffend sagt *Puchta*, „man sei nicht deshalb der Grund des Lebens seines Nachbars, weil man ihn totschlagen könne."[2]) Und der Staat kann nicht einmal das Gewohnheitsrecht totschlagen, er kann es höchstens für kürzere oder längere Zeit unschädlich machen!

Auch *Osthelder*[3]) ist der Ansicht, daß die Rechtsgewohnheit nur insoweit als Rechtsquelle gelten könne, als sie im Gesetze zugelassen sei. Wenn dieser Schriftsteller aber die Behauptung, daß das Gewohnheitsrecht wegen seiner tatsächlichen Macht oder inneren Natur bindende Kraft habe, als eine „Redensart" bezeichnet, so wollen wir über diese Bemerkung ebenso kurz hinweggehen, wie ihr Urheber über das Gewohnheitsrecht.

Ein vernichtendes Urteil fällt *Regelsberger* über die Gestattungstheorie, wenn er sagt: „Bei Licht betrachtet, erweist sich die unterstellte Genehmigung (des Staates) als Fiktion."[4])

Daß schließlich das B.G.B. nicht auf dem Boden der Gestattungstheorie steht, ist, wie *Saleilles*[5]) richtig hervorhebt, schon daraus ersichtlich, daß es zwar das Gewohnheitsrecht anerkennt, aber darauf verzichtet, diese Anerkennung durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift zum Ausdruck zu bringen.

[1]) Vgl. Zitelmann Gew. Recht S. 363.
[2]) a. a. O. I S. 210.
[3]) a. a. O. S. 34.
[4]) a. a. O. S. 87.
[5]) a. a. O. S. 75.

B. Unsere Auffassung vom Geltungsgrunde des Gewohnheitsrechts.

Es ist das Verdienst der historischen Schule, erkannt zu haben, daß die Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts von der Rechtswissenschaft überhaupt nicht beantwortet werden kann. Durchaus zutreffend sagt *Puchta*[1]), wenn das Gewohnheitsrecht das Resultat der unmittelbaren Tätigkeit des Volkes in Beziehung auf das Recht ist, „so kann in der Tat gar nicht die Frage entstehen, ob und aus welchem Grunde das Gewohnheitsrecht gültig sei? denn es läßt sich keine andere Antwort darauf geben, als die: das Gewohnheitsrecht besteht und gilt aus dem Grunde, aus welchem Recht überhaupt gilt,[2]) . . . aus dem Grunde, aus wechem überhaupt Völker existieren."

Dem ist in vollem Umfange beizutreten. *Puchta* stellt sich mit dieser Lehre in bewußten Gegensatz zur Mehrzahl der Juristen seiner Zeit, von denen er sagt,[3]) daß bei ihnen die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts „einen eigenen Gegenstand der Untersuchung" bilde. Für den Juristen gilt das Gewohnheitsrecht, eben weil es „Recht" ist, und dabei hat er sich zu bescheiden.[4]) Fragte man weiter nach dem Geltungsgrunde des Rechtes überhaupt, so verließe man den Boden der Jurisprudenz und käme in den Bereich der Philosophie, „denn der Geltungsgrund des Rechtes kann nicht selbst wieder ein Rechtsgrund sein."[5]) Wir können die vorangehenden Ausführungen in die prägnanten Worte *Dernburgs* zusammenfassen, daß für den Juristen die Geltungskraft des Gewohnheitsrechts „eine historische Tatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechtes sei."[6])

[1]) a. a. O. I S. 180 f.
[2]) Ebenso Staudinger I Einl. S. 18.
[3]) a. a. O. I S. 182.
[4]) Ebenso Saleilles S. 67.
[5]) Gierke D. P. R. S. 162.
[6]) Pand. I S. 56 ff.

§ 3.

Die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts.

A. Die Ueberzeugungstheorie.

Die historische Schule hat uns darüber belehrt, daß man das Wesen des Gewohnheitsrechts nicht ergründen kann, wenn man die Frage nach dem Grunde seiner Verbindlichkeit zum Mittelpunkt der Untersuchung macht. Nur dann kann man dem Gewohnheitsrecht gerecht werden, wenn man den Ausgangspunkt für jede weitere Forschung in die Erfordernisse für die Entstehung des Gewohnheitsrechts verlegt. Die Frage, wo der Ursprung des Gewohnheitsrechts zu finden sei, hat *Puchta* zu der umfassenderen Frage erweitert, welches denn der Urquell des Rechtes überhaupt sei. Den letzten Ausgangspunkt des Rechtes sieht *Puchta* in einer „gemeinsamen Ueberzeugung der Menschen."[1]) Diese allgemeine Volksüberzeugung erscheint ihm als die „eigentliche Quelle alles Rechts." Einer der Wege, auf denen das Recht aus ihr hervorgeht, und zwar der, welcher zum Gewohnheitsrecht führt, ist das Rechtsbewußtsein der Glieder des Volkes, und somit mittelbar deren Handlungen, welche die Anwendung des Rechts enthalten. Diese seien nur scheinbar Handlungen der einzelnen, in Wirklichkeit aber Handlungen der Gesamtheit, da sie aus einer gemeinsamen Ueberzeugung „dem Volksgeiste" entspringen. Daraus ergäbe sich, „daß das Recht nicht in der Ueberzeugung der Einzelnen seine Quelle haben kann, sondern diese vielmehr ihre Quelle in dem Volksgeiste hat."[2])

Denselben Gedanken finden wir bei *Savigny,* wenn er den „in allen einzelnen gemeinschaftlich lebenden und wirkenden Volksgeist" den Erzeuger des positiven Rechtes nennt.[3])

Der eben dargelegte Begriff des „Volksgeistes" war es, welcher der Auffassung der historischen Schule vom Gewohnheitsrecht und mittelbar diesem selbst viele Feinde zugezogen

[1]) a. a. O. I S. 141 ff.
[2]) a. a. O. S. 155.
[3]) a. a. O. S. 14.

hat. Man sollte erwarten, daß *Puchta* die Frage, woher denn eigentlich das Volk diese gemeinsame Ueberzeugung nehme, beantworten kann. Er lehnt aber ausdrücklich die Beantwortung dieser Frage ab, „weil sie über die Sphäre der gegenwärtigen Untersuchungen hinausliegt.“[1]) Darin zeigt sich offenbar eine Schwäche der *Puchta*schen Theorie, die *Puchta* selbst sicherlich auch gefühlt hat. Man wird die Existenz eines Volksgeistes nicht leugnen können — er findet sich z. B. auf dem Gebiete der Moral und der Sage —, für die Rechtswissenschaft aber ist ein derartiger Begriff nicht verwendbar; ihr tun, da sie für das praktische Leben arbeitet, „klare scharfe Begriffe und eine realistische Betrachtungsweise“ not.[2]) Und in diesem Sinne hat *Zitelmann*, der heftigste Bekämpfer des *Puchta-Savigny*schen „Volksgeistes“, Recht, wenn er die Existenz einer Gesamtüberzeugung als „einer selbständigen, von der Summe der Ueberzeugungen aller Einzelnen verschiedenen und doch wirklichen Ueberzeugung“ leugnet. Die Rechtswissenschaft darf sich nicht so hoch versteigen! Je mehr sie ihre Theorieen den praktischen Lebensbedürfnissen und Lebenserfahrungen anpaßt, desto brauchbarer werden sie sein. Deshalb können wir uns auch nicht der Ansicht *Windscheids* anschließen, „daß die letzte Quelle alles positiven Rechts die Vernunft der Völker“ sei.[3]) Wir halten vielmehr die gegebenen Lebensbedingungen eines Volkes[4]) für den Ausgangspunkt allen Rechtes — ein Ursprung, dessen sich das Recht nicht zu schämen braucht, auch wenn er nicht in so hohen Regionen liegt wie „die Vernunft der Völker“ oder „der Volksgeist.“

[1]) a. a. O. I S. 154.

[2]) Zitelmann, Gew.-Recht S. 420.

[3]) a. a. O. S. 65.

[4]) die kulturellen, wirtschaftlichen, sozialen, politischen u. a. Dabei soll nicht geleugnet werden, daß auch andere Momente die Rechtsbildung beeinflussen, so z. B. die sittlichen Anschauungen eines Volkes, die Gestaltung seines Familienrechts. Der Ursprung des Rechtes ist jedoch u. E. in diesen anderen Faktoren nicht zu finden. Des Näheren kann auf diese interessante Frage hier nicht eingegangen werden.

Die Betonung der praktischen Lebensbedürfnisse führt uns von dem „psychischen Gesamtphänomen“ eines Volksgeistes, den wir als Ausgangspunkt des Rechtes, also auch, was uns hier interessiert, des Gewohnheitsrechtes ablehnen, zu einer realeren und solideren Grundlage für das Gewohnheitsrecht, zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, die *Gierke* „Gemeinüberzeugung“ nennt.[1]) Das Wesen dieser allgemeinen Ueberzeugung kann nicht treffender wiedergegeben werden als mit den Worten *Gierkes*: „Sie (die Gemeinüberzeugung) kann nur im Bewußtsein der Einzelnen sich offenbaren. Aber der Einzelne muß sie als eine ihm mit den Anderen gemeinschaftliche Ueberzeugung empfinden; er muß davon durchdrungen sein, daß er hier nicht seine individuelle Meinung, sondern die in dem Lebenskreise, als dessen Glied er handelt, herrschende allgemeine Ansicht zur Geltung bringt.“ So aufgefaßt wird die vielgepriesene und vielbefehdete „allgemeine Rechtsüberzeugung“ zu einer Erscheinung, die wir im Leben tatsächlich häufig beobachten, und die in hohem Maße rechtserzeugend wirkt.

Nicht weniger scharf als „der Volksgeist“ ist die Lehre der historischen Schule zu bekämpfen, daß aus der Volksüberzeugung der Rechtssatz schon fertig hervorgehe, daß die Gewohnheit nur die Anwendung eines schon vorher entstandenen Rechtssatzes sei, mithin nicht einen Entstehungsgrund, sondern nur ein — und nicht einmal das einzige![2]) — Erkenntnismittel für das Vorhandensein des Gewohnheitsrechts bilde.[3]) Auch diese Theorie setzt sich mit der Lebenserfahrung in Widerspruch. Die Rechtsüberzeugung ist als ein rein innerliches Moment äußerlich nicht wahrnehmbar;[4]) sie wird es erst dadurch, daß sie durch Uebung zu Tage tritt, erst dadurch erhält sie eine bestimmte Form, erst dadurch wird sie zum

[1]) D. P. R. S. 166.

[2]) Dann gäbe es auch ein ungeübtes Gewohnheitsrecht!

[3]) So Puchta II S. 5 ff, 151, Savigny S. 35; vgl. andrerseits avigny S. 36 f!

[4]) Vgl. Dernburg Pand. S. 50, Bruns S. 435.

Rechtssatz.[1]) Die Rechtsüberzeugung muß sich erst durch die Uebung zum Gewohnheitsrecht konsolidieren, mithin kann man nicht schon vor dieser rechtserzeugenden Uebung die Existenz eines Rechtssatzes annehmen. „Vor der Gewohnheit kein Gewohnheitsrecht.“[2])

Diese Auffassung der historischen Schule von der Entstehung des Gewohnheitsrechts wird auch heute noch zahlreich vertreten, so u. a. von *Vangerow,*[3]) *Stobbe,*[4]) *Dahn.* Allerdings rückt letzterer schon ein erhebliches Stück von der historischen Schule ab, wenn er sagt: „Die subjektive Rechtsüberzeugung wird[5]) objektives Recht . . ., indem sie sich ausspricht.“[6]) Sie ist es also offenbar vorher noch nicht. Damit verträgt sich aber m. E. nicht, wenn *Dahn* verlangt,[7]) daß der Richter nach dieser bloß inneren Ueberzeugung, dem „theoretischen Recht“, das noch nicht „äußeres praktisches Recht“, d. h. objektives Recht, geworden ist, Rechtssätze entscheiden soll.[8]) Der Richter darf nur objektives Recht, d. h. fertige, ausgebildete Rechtssätze, anwenden.

B. Die Uebungstheorie.[9])

Es ist nicht wunderbar, daß die einseitige Betonung der Rechtsüberzeugung als Voraussetzung für die Entstehung des Gewohnheitsrechts durch die historische Schule und deren

[1]) Vgl. Leonhard Inst. S. 6: „Das Recht bedarf einer Einkleidung in allgemeine Regeln, weil nur diese seine Stetigkeit verbürgen können.“

[2]) Regelsberger S. 94. Ebenso Windscheid S. 65 Note 2: „Die nicht geübte Rechtsüberzeugung ist nicht Recht!“ und Beseler S. 84: „Die Uebung ist nicht bloß ein Kennzeichen desselben (des Gewohnheitsrechts), sondern neben dem Rechtsbewußtsein wesentliches Erfordernis für seine Begründung.“

[3]) a. a. O. S. 41: „Der Rechtssatz an sich ist schon vor der Gewohnheit da.“

[4]) a. a. O. S. 167: „Die Rechtsüberzeugung gewinnt nicht erst dadurch legis vicem, daß an diesem oder jenem Ort vereinzelte Akte ihrer Uebung stattgefunden haben.“

[5]) Dahn unterstreicht das „wird“.

[6]) a. a. O. S. 556.

[7]) a. a. O. S. 567.

[8]) Ebenso wie hier Geisler S. 10.

[9]) Diese Theorie wurde auch schon vor der historischen Schule vertreten.

Anhänger eine Gegenströmung hervorgerufen hat, die in den entgegengesetzten Fehler verfiel, dadurch daß sie die allgemeine Rechtsüberzeugung als Erfordernis für die Begründung des Gewohnheitsrechts gänzlich strich. Die Gewohnheit, die *Puchta*[1]) ein „trostloses, äußeres von keinem Gedanken beseeltes Faktum" genannt hatte, ist mit einem Male das A und O des Gewohnheitsrechts geworden!

Diese Ansicht wird heute in erster Reihe von *Zitelmann* verfochten. *Zitelmann*[2]) geht von der psychologischen Beobachtung aus, daß der stärkste Antrieb für die Uebung eines Satzes das Bewußtsein ist, daß in gleichen Fällen schon früher immer so gehandelt wurde, und daß auch in Zukunft unter der gleichen Voraussetzung wieder so gehandelt werden wird. „Die Macht der dauernden Tatsachen" ist es also, die das Gewohnheitsrecht entstehen läßt. „Die allgemeine Rechtsüberzeugung ist gleichgültig; nur daß bisher schon ein Satz als Rechtssatz da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch wirklich angewendet worden ist, nur dies ist nötig." Obwohl die erwähnte psychologische Erfahrung *Zitelmanns* durchaus richtig ist, reicht sie dennoch nicht aus, um aus ihr die Entstehung des Gewohnheitsrechts zu erklären. Auch die Normen der Sitte befolgt man aus dem dargelegten psychologischen Zwange, und doch ist man sich hier bewußt, daß man nicht so handeln muß, wie man handelt, daß man jeden Augenblick anders handeln kann, wenn man nur bereit ist, die Konsequenzen auf sich zu nehmen. Soll also das äußere Moment der Uebung zur Entstehung eines Rechtssatzes führen, so muß noch ein inneres, das Moment der Rechtsüberzeugung hinzukommen, welches das tatsächliche Handeln in ein Handelnmüssen und somit den geübten Satz in einen Rechtssatz verwandelt.[3]) Auch *Zitelmann* hat offensichtlich gefühlt, daß wir das Moment des Rechtes nicht gänzlich ausschalten können, wollen wir nicht jede feste Grenzlinie zwischen dem Gewohnheitsrecht und ver-

[1]) a. a. O. I S. 164.
[2]) Gew.-Recht S. 459 ff.
[3]) Vgl. Leonhard Inst. S. 15 oben.

wandten Begriffen verlieren. Und deswegen spricht er an mehreren Stellen[1]) von einem Rechtssatze. Worin aber das Wesen dieses Rechtssatzes zum Unterschiede von einem nur tatsächlich geübten Satze besteht, sagt *Zitelmann* nicht in befriedigender Weise.[2])

Dernburg, der gleichfalls ein Anhänger der Uebungstheorie ist, verlangt.[3]) daß die Uebung eine Rechtsgewohnheit sei, und treffend bemerkt hierzu *Windscheid*,[4]) daß sich in dem Worte „Rechtsgewohnheit" die vertriebene „Rechtsüberzeugung" wieder einstelle.

C. Rechtsüberzeugung und Uebung als Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts.

Die Ausführungen unter A und B dieses Paragraphen haben uns gezeigt, daß die Rechtsüberzeugung und die Uebung jede für sich allein nicht stark genug ist, einen Gewohnheitsrechtssatz entstehen zu lassen. Wir müssen demnach beide Faktoren als gleichberechtigt und gleich nötig für die Begründung des Gewohnheitsrechts bezeichnen. Das ist heute auch der Standpunkt der herrschenden Meinung.[5])

In welchem Verhältnis beide Faktoren zu einander stehen, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Möglich ist, daß sich eine von vornherein vorhandene allgemeine Rechtsüberzeugung mit Gewalt durch Beseitigung aller Hindernisse im Leben praktische Geltung verschafft. Nicht minder häufig wird ein Gewohnheitsrecht dadurch entstehen, daß zu einer

[1]) Gew.-Recht S. 459, 463, 464.

[2]) Ebenso wie hier Wachsmann S. 13.

[3]) Pand. S. 59.

[4]) Pand. S. 66 Note 2.

[5]) Vgl. Gierke D. P. R. S. 164 f, Bruns S. 435, Windscheid § 15 Anm. 2, Regelsberger § 19, Leonhard B.G.B. S. 46, Engelmann S. 19, Crome System S. 89, Kuhlenbeck Gew.-Recht S. 158, R. G. XX S. 305: „ . . . . daß für das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts das Vorhandensein einer entsprechenden Rechtsüberzeugung nicht genügt, daß diese Rechtsüberzeugung vielmehr ihren Ausdruck in der faktischen Uebung gefunden haben muß, mithin ein ungeübtes Gewohnheitsrecht nicht besteht."

bloß tatsächlichen Uebung erst später das Moment der Rechtsüberzeugung hinzutritt.[1]) Der Hauptfall dürfte wohl aber sein, daß beide Elemente gleichzeitig als ein untrennbares Ganzes hervortreten.[2])

Welcher Art die für die Entstehung des Gewohnheitsrechts erforderliche Rechtsüberzeugung und Uebung sein müssen, werden wir im folgenden untersuchen.

I. Die Beschaffenheit der Rechtsüberzeugung.

a. Die Träger der Rechtsüberzeugung und die Arten des Gewohnheitsrechts.

Es entsteht zunächst die Frage, wer Gewohnheitsrecht hervorbringen kann; enger gefaßt, wer Träger der allgemeinen Rechtsüberzeugung sein kann. Nicht der einzelne Mensch als solcher, sondern nur eine Vielheit von einzelnen Menschen, eine Gemeinschaft.[3]) Diese braucht nicht zu einem größeren oder kleineren Ganzen, etwa zu einem Staate, organisiert zu sein. Gerade die Verwechslung von Gemeinschaft im natürlichen und Gemeinschaft im politischen Sinne lag ja, wie wir sahen, der Auffassung der Römer von der Entstehung des Gewohnheitsrechts zu Grunde.

Je nach dem Umfange dieses den Träger der Rechtsüberzeugung darstellenden Personenkreises unterscheidet man verschiedene Arten des Gewohnheitsrechts.[4]) Hier inter-

[1]) Sogen. „Gewöhnungsrecht“ oder „Herkommen“; vgl. Stobbe S. 169, Beseler S. 96.

[2]) Nach Wachsmann S. 21 ist gewöhnlich die Rechtsüberzeugung, nach Geisler S. 17 gewöhnlich die Uebung das ursprüngliche Element, zu dem das andere erst später hinzutritt.

[3]) Vgl. Neukamp, Das Gew.-Recht im Arch. f. bürgerl. Recht XII S. 129 ff, Gierke D. P. R. S. 165 f, 171.

[4]) Die Frage, ob das sogen. „Juristenrecht“ nur eine Art des Gewohnheitsrechts oder eine besondere Rechtsquelle ist, kann hier nicht eingehender erörtert werden. Mir erscheint die Scheidung des Gewohnheitsrechts in Volksrecht Juristenrecht nicht gerechtfertigt. „Der Jurist steht nicht außerhalb seines Volkes“ (Regelsberger S. 95). „Durch die Praxis der Gerichshöfe kann ein Gewohnheitsrecht nicht konstruiert werden“ (R. G. VII, 154). Vgl. ferner Mot. Bd. I S. 7, Gierke D. P. R. § 21 und die dort Angeführten.

essieren nur die Arten des Gewohnheitsrechts, die sich im B.G.B. finden. Das B.G.B. kennt zwei Arten von Gewohnheitsrecht: Reichsgewohnheitsrecht und Landesgewohnheitsrecht. Nach Art. 2 des E. G. ist Gesetz im Sinne dieses Gesetzes und des B.G.B. jede Rechtsnorm, also auch das Gewohnheitsrecht. Wenn daher das E. G. von Reichsgesetzen (Art. 32) und Landesgesetzen (Art. 55) spricht, so sind darin auch Reichsgewohnheitsrecht und Landesgewohnheitsrecht einbegriffen. Ferner finden sich im B.G.B. selbst Verweisungen auf Landesgewohnheitsrecht, dadurch daß es sich auf Landesgesetze beruft.[1]) Reichs- und Landesgewohnheitsrecht sind jedoch nicht so zu verstehen, als ob die Grenzen ihres Geltungsbezirkes mit den politischen Grenzen des Reiches oder eines Einzelstaates zusammenfallen müßten. Reichsgewohnheitsrecht ist dasjenige Gewohnheitsrecht, dessen Anwendungsgebiet sich weithin, über das ganze Reich, erstreckt, während das Landesgewohnheitsrecht einen beschränkteren Umfang hat, nur innerhalb eines territorialen Kreises gilt.

Zum Landesgewohnheitsrecht gehört auch dasjenige Gewohnheitsrecht, welches sich innerhalb autonomer Körperschaften bildet. Als solche erkennt das B.G.B. bezw. das E. G. die landesherrlichen Häuser (E. G. Art. 57), die Familien des hohen Adels (E. G. Art. 58) und die „eingetragenen Vereine“ (B.G.B. §§ 55 ff.) an.[2]) Das Gewohnheitsrecht dieser Kreise nennt man „Observanz.“[3])

b. Die Rechtmässigkeitsüberzeugung.

Daß der für die Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes erforderlichen allgemeinen Ueberzeugung die opinio necessitatis zu Grunde liegen muß, haben wir bereits unter B

[1]) Vgl. unten § 8 B.

[2]) Ob auch die letzteren ist bestritten; dafür Gierke D. P. R. S. 150, Windscheid S. 79, Eck S. 23, R. G. XII, 293; dagegen Stobbe S. 160 ff, Crome System S. 93, Sturm S. 239.

[3]) Außerdem kann sich in den vom B.G.B. den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien Gewohnheitsrecht insoweit bilden, als die Landesgesetze Autonomie gewähren.

dieses Paragraphen erwähnt. Nur wenn die Ueberzeugung dem Bewußtsein der Handelnden entspringt, daß sie so und nicht anders verfahren müssen, haben wir es mit einer wirklichen Rechtsüberzeugung zu tun.

Es fragt sich, ob die Ueberzeugung erforderlich ist, „daß der geübte Satz ein Satz des geltenden Rechtes sei", oder ob schon die Ueberzeugung ausreicht, daß er ein Satz des vielleicht nicht geltenden, aber doch gelten sollenden Rechts, ein Satz der Gerechtigkeit, sei".[1]) M. E. kann die Ueberzeugung nur dann rechtsbildend wirken, wenn die Vorstellung vorhanden ist, daß die Uebung Anwendung bereits geltenden Rechtes sei.[2]) Man kann sehr wohl davon überzeugt sein, daß ein Satz gerecht ist, sich aber dabei bewußt bleiben, daß er nicht geltendes Recht darstellt. Nur die Ueberzeugung aber, in Gemäßheit des bestehenden Rechtes zu handeln — Rechtmäßigkeitsüberzeugung — ist „Rechtsüberzeugung" im eigentlichen, engeren Sinne.

c. Die Bedeutung des Irrtums.

Die Frage, ob eine auf einem Irrtum beruhende Rechtsüberzeugung zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtes führen kann, wird in der Litteratur sehr verschieden beantwortet. Ebensowenig aber kann man sich hierbei auf eine „konstante Praxis" unseres höchsten Gerichtshofes stützen, auf die man sich gewöhnlich so gern beruft.[3]) *Zitelmann* hat gerade diese Frage zum Ausgangs- und Mittelpunkt seiner mehrfach erwähnten Abhandlung gemacht. Die einen Schriftsteller sind der Ansicht, daß ein Irrtum die Begründung eines Gewohnheitsrechtssatzes ausschließt, die andern räumen dem Irrtum keinen Einfluß auf die Bildung des Gewohnheitsrechts ein, und

[1]) Zitelmann Gew.-Recht S. 378 f.

[2]) Ebenso Gierke D. P. R. S. 167 Anm. 31, Regelsberger S. 96.

[3]) Vgl. die Reichsgerichtsentscheidungen bei Kuhlenbeck Gew.-Recht S. 160 und Endemann S. 36. Hier seien nur angeführt R. G. III, 212: „Jeder Rechtsirrtum hindert die Bildung eines Gewohnheitsrechts" und R. G. XXXI, 271: „Nicht jeder rechtliche Irrtum schließt die Entstehung eines Gewohnheitsrechts aus."

zwischen diesen beiden Extremen findet sich eine große Anzahl Meinungen mit mannigfachen Abwandlungen. Es entstehen die Spezialfragen, „worüber, wobei und in welcher Funktion“[1]) ein Irrtum vorliegen muß, soll er der Gewohnheitsrechtsbildung hinderlich sein.

Schon diese subtilen Unterscheidungen lassen uns erkennen, daß die Frage, nach der Bedeutung des Irrtum für die Entstehung des Gewohnheitsrechts wenig praktischen Wert haben kann. Wo bliebe die Rechtssicherheit, wollte man einen Rechtssatz, der jahrelang angewandt wurde, eines schönen Tages umstoßen, weil bei seiner Bildung ein Irrtum mitgewirkt hat, etwa der Irrtum der Uebenden über die Geltung des Satzes als Rechtssatz. Hat sich eine Uebung zu einem Rechtssatze konsolidiert, so sind die Beweggründe, die zu seiner Entstehung geführt haben, nunmehr irrelevant. Wenn das B.G.B. schon die Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums beschränkt, wo es sich doch nur um die rechtlichen Beziehungen zweier Parteien handelt, so dürfte es wohl nicht in seinem Sinne liegen, dem Irrtum bei der Begründung eines Gewohnheitsrechtssatzes, auf den ungezählte Rechtsverhältnisse zurückführen, irgend welchen Einfluß zuzugestehen. Auch setzen sich diejenigen, nach deren Ansicht ein Gewohnheitsrecht nicht auf einem Irrtum beruhen könne, mit der Geschichte in Widerspruch, denn oft ist ein Gewohnheitsrecht infolge eines Irrtums entstanden, und die auf grobe Rechtsirrtümer zurückzuführende Rezeption des römischen Rechtes, der größte Triumph, den das Gewohnheitsrecht je gefeiert hat, wäre nach der hier bekämpften Anschauung unwirksam! Durchaus beizutreten ist daher der Meinung, daß ein Irrtum, und insbesondere ein Rechtsirrtum, d. i. „der Irrtum, daß der Satz bereits Recht sei“,[2]) die Bildung des Gewohnheitsrechts nicht hindert.[3]) Und wenn *Zitelmann*[4]) die Frage aufwirft, „ob

[1]) Zitelmann Gew.-Recht S. 341.

[2]) Zitelmann Gew.-Recht S. 343.

[3]) Ebenso insbes. Zitelmann Gew.-Recht S. 468; ferner Gierke D. P. R. S. 167 f, Stobbe S. 169 Anm. 7a, Rümelin S. 291, Endemann S. 35 f,

nicht vielleicht alles Gewohnheitsrecht auf Irrtum beruhen muß", so stehen wir nicht an, diese Frage zu bejahen. Denn hält man, wie wir oben, nur die Ueberzeugung der Uebenden, daß die Uebung Anwendung bereits geltenden Rechtes sei, für allein fähig, Gewohnheitsrecht zu bilden, so gelangt man dazu, den Rechtsirrtum für die Entstehung des Gewohnheitsrechts sogar als erforderlich zu betrachten.[1])

d. Das Erfordernis der Rationabilität.

Als weitere Voraussetzung für die Begründung von Gewohnheitsrecht hat man den Satz aufgestellt, daß der Inhalt der allgemeinen Rechtsüberzeugung nicht gegen die Vernunft verstoßen dürfe. Ein so unbestimmter Begriff wie „Vernunftgemäßheit", von dem *Puchta*[2]) treffend sagt, daß er einem weißen Blatte gleiche, das von jedem mit den verschiedensten Sätzen beschrieben wird, ist jedoch als Eigenschaft eines Rechtes nicht verwendbar.

Die Neueren haben denn auch zum größten Teil die Rationabilität in diesem weiteren Sinne als Erfordernis des Gewohnheitsrechts beseitigt,[3]) verlangen jedoch, daß das Gewohnheitsrecht nicht den „Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung" zuwiderlaufe.[4]) Aber auch diese Beschränkung können wir nicht gelten lassen. Was „gute Sitten" sind, ist zu allen Zeiten verschieden beantwortet worden.

Crome System S. 88, Kuhlenbeck Gew.-Recht S. 161, Kipp in Windscheid-Kipp S. 72 Note 3, Cosack (1. Aufl.) S. 41 (ausdrücklich für das B.G.B.). Dagegen Puchta II S. 64 (vgl. jedoch S. 75!), Savigny S. 174 (vgl. jedoch S. 176!), Windscheid S. 71.

[4]) Gew.-Recht S. 468.

[1]) Ebenso Regelsberger S. 96, Saleilles S. 85; anders Geisler S. 21.

[2]) a. a. O. II S. 51.

[3]) So u. a. Dahn a. a. O. S. 566.

[4]) So Puchta II S. 54 ff, Regelsberger S. 97, Dernburg Pand. S. 60, Windscheid S. 72, Endemann S. 35.

und wird auch heute noch von den verschiedenen Völkern verschieden beantwortet werden. Ja, innerhalb eines Volkes werden die einzelnen Gesellschaftskreise verschiedene Auffassungen von „guter Sitte" haben! Gewöhnlich dürften die sittlichen und rechtlichen Anschauungen eines Volkes nicht sehr divergieren. Hat sich also ein Satz durch jahrelange Uebung zu einem Rechtssatz ausgebildet, so ist anzunehmen, daß er sich mit den Sitten des betreffenden Volkes oder Volksteiles verträgt, und nur darauf kommt es an, denn er soll nur für dieses bestimmte Volk als Rechtssatz gelten. Ebensowenig aber darf die Rücksichtnahme auf die „öffentliche Ordnung", insbesondere auf die Verfassung des Staates, die ja als Niederschlag der öffentlichen Ordnung betrachtet werden kann, zur Beschränkung des Gewohnheitsrechts herangezogen werden. Ist die allgemeine Rechtsüberzeugung so stark, daß sie sich sogar im Widerspruch mit der Verfassung durchzusetzen vermag, dann dürfte sie sich schwerlich unterdücken lassen. Erstreckt sich eine solche Gewohnheitsrechtsbildung gar nur auf einen kleinen autonomen Kreis, und gelingt es der staatlichen Ordnung trotzdem nicht, sie zu beseitigen, dann ist die Staatsverfassung schon so sehr aus den Fugen gegangen, daß sie eine Stütze wie das oben aufgestellte Erfordernis der Uebereinstimmung der Rechtsüberzeugung mit der staatlichen und sittlichen Ordnung vor ihrem gänzlichen Verfall nicht wird retten können.

Es kommt vielmehr lediglich darauf an: Ist ein Satz der Uebung zu einem Rechtssatz geworden, so hat ihn der Richter anzuwenden, weil er „Recht" ist; nur die formellen Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung hat er zu prüfen, er darf dagegen nicht auf eine Bewertung des Inhalts des anzuwendenden Gewohnheitsrechtssatzes eingehen, ebensowenig wie er die Anwendung des Gesetzes von dessen Brauchbarkeit und Güte abhängig machen darf. Hat sich aber ein Satz noch nicht zu einem Rechtssatz emporgerungen, ist die Gewohnheit noch nicht Gewohnheitsrecht geworden, so ist ihr schon mit Rücksicht darauf die gerichtliche Anwendung zu versagen,

unbekümmert um Wert und Inhalt der ihr zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung.[1])

II. Die Beschaffenheit der Uebung.

Ueber die Art der Uebung, die tauglich ist, ein Gewohnheitsrecht zu bilden, läßt sich a priori nicht viel sagen; der einzelne Fall entscheidet. Nur einige Momente ergeben sich als dem Begriffe „Uebung" oder besser „Gewohnheit" immanent.

Man wird verlangen müssen, daß sich die Uebung über einen gewissen Zeitraum hin erstreckt, und daß sie sich aus mehreren Anwendungsfällen zusammensetzt. Beides sind Erkennungszeichen dafür, daß die für die Entstehung des Gewohnheitsrechts erforderliche allgemeine Rechtsüberzeugung vorhanden ist. Die Dauer des Zeitraumes und die Zahl der Uebungsakte lassen sich jedoch nicht ziffernmäßig berechnen.[2]) Sie werden von dem Umfange der Uebung und von dem „Inhalte des fraglichen Rechtssatzes" abhängig sein.[3]) Je größer das Anwendungsgebiet des Satzes ist, desto länger und häufiger wird er angewandt werden müssen, um ein Rechtssatz zu werden. Die Entscheidung dieser Fragen wird man in weitestem Umfange dem „richterlichen Ermessen" zu überlassen haben.[4])

Nicht notwendig für die Uebung ist „gerichtliches" oder „öffentliches" Handeln.[5]) Dagegen erscheint eine gewisse Gleichförmigkeit der Uebung erforderlich, in dem Sinne, daß die Gewohnheit nicht durch eine Gegenströmung unterbrochen werden darf, die ihrer Ausreifung zur Rechtsgewohnheit hinderlich ist, während nur einzelne abweichende Uebungs-

[1]) Ebenso Gierke D. P. R. S. 169 f, Kipp in Windscheid-Kipp S. 73 Note 5, Crome System S. 88, Cosack (1. Aufl.) S. 41 (speziell für das B.G.B.), Wachsmann S. 22 f.

[2]) Vgl. R. G. XXXVII S. 180: „Es gibt keinen einheitlichen Maßstab für die Bemessung dieser Zeitdauer."

[3]) Gierke D. P. R. S. 170.

[4]) Ebenso Puchta II S. 84, Savigny S. 172, Beseler S. 86, Dernburg preuß. Privatrecht I § 21 Anm. 4.

[5]) Puchta II S. 31 und 48, Gierke D. P. R. S. 170.

fälle die Entstehung des Gewohnheitsrechts nicht stören können.[1])

Hört die Uebung auf, so gerät auch das durch sie entstandene Recht außer Anwendung, denn es zeigt sich, daß die erforderliche Rechtsüberzeugung erloschen ist.[2])

§ 4.

Die Anwendung des Gewohnheitsrechts.

Da das Gewohnheitsrecht „Recht" ist, gelten für seine Anwendung dieselben Grundsätze wie für die Anwendung des Gesetzesrechts. Der Richter hat es von Amts wegen zu erforschen, denn iura novit curia. Diese Ansicht stützt sich insbesondere auf § 293 Z.P.O.; nach diesem Paragraphen bedürfen die Gewohnheitsrechte des Beweises nur insoweit, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Vorausgesetzt ist also, daß dem Gerichte die Sätze des Gewohnheitsrechts ebenso bekannt sind wie die Bestimmungen des Gesetzesrechts. Allerdings können die Parteien den Richter bei der Ermittlung der Gewohnheitsrechtsnormen freiwillig oder aufgefordert unterstützen. Daß wir es aber hierbei nicht mit einer Beweiserbringung im technischen Sinne zu tun haben, erhellt daraus, daß nach dem angeführten Paragraphen das Gericht auf die beigebrachten Nachweise nicht beschränkt ist, sondern jede beliebige andere Quelle benutzen kann, um zur Kenntnis des fraglichen Gewohnheitsrechts zu gelangen.[3])

§ 5.

Die Abgrenzung des Gewohnheitsrechts gegen die „Verkehrssitte" des B.G.B.

Wie wir im § 3 C dargelegt haben, führt nicht jede Gewohnheit zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts, sondern

[1]) Ebenso Crome System S. 89, Geisler S. 20 f; vgl. ferner Puchta II S. 89, Savigny S. 172, Windscheid S. 70.

[2]) So Crome System S. 88; vgl. ferner außer den bereits Angeführten: Dernburg Pand. S. 58, Cosack (1. Aufl.) S. 41 (speziell für das B.G.B.), Regelsberger S. 94, Sturm §§ 25, 26.

[3]) Vgl. Gierke D. P. R. S. 174 f, Crome System S. 90, R. G. XXX, S. 367.

nur die, mit welcher sich die Ueberzeugung verbindet, durch die Handlung einen Satz des geltenden Rechtes anzuwenden. Man begegnet jedoch im Rechtsverkehr häufig Gebräuchen, die zwar jenem Erfordernis nicht genügen, die aber wegen ihres tatsächlich großen Einflusses auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen auch eine gewisse rechtliche Berücksichtigung verdienen. Diesen praktischen Bedürfnissen trägt das B.G.B. in dankenswerter Weise in weitestem Umfange dadurch Rechnung, daß es an mehreren Stellen den Richter anweist, seinen Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen die im Rechtsverkehre herrschenden Sitten zu Grunde zu legen. Für diese „Gewohnheiten im natürlichen Sinne" hat das B.G.B. den Ausdruck „Verkehrssitte",[1] [2]) stehen sachenrechtliche Verhältnisse in Frage, so spricht es von „Ortsüblichkeit".[3])

Trotzdem die Motive zum B.G.B. mit nicht mißzuverstehenden Worten der Verkehrssitte[4]) den Charakter des objektiven Rechts absprechen, ist darüber Streit entstanden, ob die Verkehrssitte ein Gewohnheitsrecht ist oder nicht. Schon daraus, daß das Gesetz den Ausdruck Verkehrssitte wählt, geht hervor, daß es unter diesem Begriffe nicht ein Recht verstanden wissen will. Sitte ist vielmehr auch im Sinne des B.G.B. das, was man im Leben darunter begreift: eine tatsächliche Uebung ohne das Gefühl des rechtlichen Zwanges.[5]) Aber noch ein anderer Grund spricht gegen den Rechtscharakter der Verkehrssitte. Gewohnheitsrechtssätze muß der Richter anwenden, weil sie eben „Recht" sind, ohne eine besondere Anweisung von Seiten des Gesetzgebers. Und so enthält sich denn ja auch das B.G.B. jeder positiven Vorschrift über die Geltung

[1]) Vgl. Mot Bd. I S. 9 f.

[2]) B.G.B. §§ 151, 157, 242; auch §§ 91, 97, 119 Abs. 2; vgl. ferner §§ 612, 632, 653. Das H.G.B. spricht im gleichen Falle im § 346 von „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen".

[3]) B.G.B. § 919 Abs. 2; auch § 906.

[4]) Was im folgenden von der Verkehrssitte gesagt wird, gilt in gleicher Weise von der Ortsüblichkeit.

[5]) Vgl. Scholz S. 463.

des Gewohnheitsrechts, trotzdem es dasselbe als Recht anerkennt. Wenn nun das B.G.B. andrerseits dem Richter die Berücksichtigung der Verkehrssitte ausdrücklich anbefiehlt, so zeigt sich darin deutlich, daß es der Verkehrssitte eine Geltung aus eigener Kraft nicht zuerkennt. Wenn und insoweit also die Verkehrssitte Anwendung findet, leitet sie ihre verbindliche Kraft vom Gesetze ab; damit entfällt aber ihre Eigenschaft als Recht.[1])

Danz, der in der Vekehrssitte des B.G.B. ein Gewohnheitsrecht sieht, geht von der Voraussetzung aus,[2]) daß Willenserklärungen immer nach der Verkehrssitte ausgelegt werden, wenn sich die Parteien nicht in einem anderen Sinne äußern. Juristisch hieße das also nichts anderes, als die Rechtssätze der Verkehrssitte seien dispositive Normen. Die Voraussetzung läßt sich jedoch nicht halten. Soweit die Parteien sich bei ihren Vereinbarungen auf die Verkehrssitte berufen, stellt diese „einen Tatbestand dar, den das Gesetz zur Auslegung von Rechtsgeschäften verwertet".[3]) Daß in diesem Falle die Verkehrssitte nur einen Bestandteil der Parteierklärung bildet und nicht ein Recht darstellt, darüber dürfte kein Streit sein. Wie aber, wenn die Parteien nicht auf die Verkehrssitte verweisen, weil sie diese vielleicht garnicht kennen? Wäre die Verkehrssitte eine dispositive Rechtsnorm, wofür sie *Danz* hält, dann müßte sie in jedem Falle Anwendung finden, in welchem sie von den Kontrahenten nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Dieses Ergebnis entspricht aber nicht dem Gesetze. Vielmehr verlangt das B.G.B., daß in den Fällen, in denen eine Verweisung auf die Verkehrssitte nicht vorliegt — und das dürften die weitaus meisten sein —, die Rücksichtnahme auf „Treu und Glauben" den Ausschlag geben soll.[4]) Gewöhnlich werden es Treu und Glauben erfordern, daß die Verkehrssitte beachtet wird. Würde aber deren Berück-

[1]) Ebenso Sturm S. 279, Scholz S. 463.
[2]) a. a. O. S. 429 f, 455.
[3]) Leonhard B.G.B. S. 46.
[4]) B.G.B. §§ 157 und 242.

sichtigung einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten, so ist die Verkehrssitte als Maßstab nicht anzuwenden.[1]) Einerseits hat also *Danz* unrecht, wenn er behauptet, daß die Parteien die Verkehrssitte ausschließen müssen, wenn sie sich ihr entziehen wollen, andrerseits ist es aber auch nicht richtig, wenn *Dernburg* sagt, daß die Verkehrssitte „keine Bedeutung für die Vertragschließenden habe, wenn dieselben von ihrem Bestehen beiderseits nichts wußten."[2]) Das richtige liegt vielmehr in der Mitte.

Ebensowenig hat *Jacohy* recht, wenn er den Motiven vorwirft,[3]) daß sie die Gewohnheit zum Gewohnheitsrecht machen, wenn sie diese trotz der Unkenntnis der Verfügenden vom Ueblichen zur Erläuterung ihres Willens heranzögen.[4]) Wäre die Gewohnheit dadurch wirklich zum Gewohnheitsrecht geworden, so müßte sie unbedingte Anwendung finden; die Motive sagen aber nur, daß die Berücksichtigung des Ueblichen bei Stillschweigen der Parteien unter gewissen Voraussetzungen selbst dann gerechtfertigt erscheinen könne, wenn die Uebung den Beteiligten unbekannt gewesen sei. Diese Voraussetzung aber, auf die alles ankommt, und welche die Motive betonen, ist das, was das B.G.B. „Treu und Glauben" nennt. Wir gelangen somit zu dem Satz: „Die Verkehrssitte" des B.G.B. ist kein Gewohnheitsrecht.[5])[6])

---

[1]) Uebereinstimmend Wachsmann S. 31.

[2]) Bürgerl. Recht II, 1 S. 27.

[3]) Jacoby in Gruchots Beiträgen XXXIV S. 564.

[4]) Vgl. Mot. Bd. 1 S. 10.

[5]) So die herrschende Meinung: Staudinger I Einl. S. 21 und VI zu Art. 2, Niedner zu Art. 2, Leonhard B.G.B. S. 46, Landsberg S. 41, Dernburg Bürg. R. II, 1 S. 27 f, Wachsmann S. 29 ff.

[6]) Von der Verjährung B.G.B. §§ 194 ff) und der Ersitzung (B.G.B. §§ 937 ff) unterscheidet sich das Gewohnheitsrecht dadurch, daß es sich bei diesen Begriffen um den Verlust bezw. Erwerb subjektiver Rechte handelt, beim Gewohnheitsrecht hingegen um die Entstehung von Normen des objektiven Rechts.

Besonderer Teil.

§ 6.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht im allgemeinen.

Bevor wir auf die Stellung des B.G.B. selbst zum Gewohnheitsrecht eingehen, wollen wir in einem einleitenden Paragraphen die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht im allgemeinen untersuchen. Es sei von vornherein betont, daß wir, wollen wir in dieser Frage Klarheit gewinnen, eine scharfe Scheidung zwischen ihrer tatsächlichen und ihrer rechtlichen Seite vornehmen müssen. Dieses Haupterfordernis wurde aber in der gemeinrechtlichen Litteratur und wird auch in der heutigen nur zu häufig außer Acht gelassen.[1]) In diesem Paragraphen haben wir es ausschließlich mit der rechtlichen Seite der Frage zu tun; nur das wollen wir untersuchen, wie sich die Beziehungen des Gewohnheitsrechts und des Gesetzesrechts von Rechts wegen zu einander gestalten.

Die aufgeworfene Frage wird verschieden beantwortet werden, je nachdem man dem Gewohnheitsrecht eine vom Gesetze unabhängige Daseinsberechtigung zuerkennt oder seine Geltung von der gesetzgebenden Gewalt ableitet. Wir haben im § 3 das Gewohnheitsrecht als gleichberechtigt mit dem

[1]) Vgl. Eisele S. 298.

Gesetzesrecht anerkannt. Demgemäß ergibt sich für uns der Satz: „Die Kraft des Gewohnheitsrechts ist an sich der Kraft des gesetzten Rechtes gleich".[1]) Das Gewohnheitsrecht kann daher Lücken im Gesetze ausfüllen (ergänzendes Gewohnheitsrecht), den Gesetzesinhalt deuten (Usualinterpretation), Gesetzesbestimmungen beseitigen und neue an ihre Stelle setzen (abänderndes, derogatorisches Gewohnheitsrecht).[2])

Einzelne Schriftsteller[3]) legen partikularem Gewohnheitsrecht gegenüber den „absoluten" oder „zwingenden" Normen des gemeinen Rechts eine derogatorische Kraft nicht bei. Es erscheint jedoch nicht angängig, in diesem Sinne einen Unterschied zwischen zwingendem und dispositivem Recht zu machen und den zwingenden Rechtsnormen eine stärkere Widerstandskraft gegen Derogation zuzuschreiben als den dispositiven. Hier kommt vielmehr der Gegensatz von absolutem und subsidiärem Recht in Betracht. Das absolut gemeine Recht beansprucht unbedingte Geltung vor jedem partikularen Recht, also auch vor partikularem Gewohnheitsrecht — so das neue Reichsrecht. Das subsidiär gemeine Recht hingegen räumt freiwillig allem partikularen Recht, also auch dem partikularen Gewohnheitsrecht, den Vorrang in der Geltung ein — so bis zum Inkrafttreten des B.G.B. das sogen. „Gemeine Recht".[4]) Kommt also subsidiär gemeines Recht in Frage, so kann das partikulare Gewohnheitsrecht dessen zwingenden Normen in gleicher Weise derogieren wie seinen dispositiven.

Wenn wir soeben betont haben, daß das gemeine Recht

[1]) Gierke D. P. R. S. 172.

[2]) Ebenso R. G. V S. 134, XXXVII S. 179, Puchta II S. 210 f, Savigny S. 194, Beseler S. 94, Stobbe S. 174, Windscheid S. 76, Dernburg Pand. S. 62, Eisele S. 298, Esser S. 1, Zitelmann B.G.B. S. 17, Endemann S. 36, Engelmann S. 20, Crome System S. 84, Matthiaß S. 19, A. M. Bruns S. 439, Laband, Staatsrecht 4. Aufl. Bd. 2 S. 69, der aus dem Begriffe des Gesetzes folgert, daß dem Gewohnheitsrecht im Prinzip derogatorische Kraft nicht zukommt. Vgl. ferner Regelsberger S. 103.

[3]) So Savigny S. 196 und Windscheid S. 77.

[4]) Vgl. Kipp in Windscheid-Kipp S. 77 Anm. 2.

ausschließliche Geltung vor dem partikularen Gewohnheitsrecht verlangen kann, so haben wir damit bereits etwas vorweggenommen, was uns im folgenden beschäftigen soll. Es fragt sich, ob denn überhaupt der Gesetzgeber das Recht und die Macht hat, in verbindlicher Weise die Geltung des Gewohnheitsrechts seinen eigenen Bestimmungen gegenüber zu regeln. Daraus, daß die Rechtsgewohnheit eine dem Gesetze gleichwertige Rechtsquelle ist, hat man gefolgert, daß jede Beschränkung des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber einen „unverbindlichen Gesetzesinhalt" darstelle, „daß, wenn der Gesetzgeber über dieses Verhältnis einen Ausspruch tut, diesem der Charakter eines Rechtssatzes nicht zukommt". So insbesondere *Eisele.*[1])

Eine solche Auffassung sucht das Gewohnheitsrecht mit einem Nimbus zu umgeben, der ihm in Wirklichkeit nicht innewohnt. Sie tut so, als ob Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht neben einander hergehen, ohne sich um einander zu kümmern, während doch tatsächlich mannigfache Wechselbeziehungen zwischen beiden bestehen. Wir haben oben Gesetz und Rechtsgewohnheit als gleichberechtigte Rechtsquellen bezeichnet; legen wir nun dem Gewohnheitsrecht das Recht und die Macht bei, Gesetzesrecht zu beseitigen, dann müssen wir auch dem Gesetzesrecht das Recht und die Macht zuerkennen, wenn es ihm erforderlich erscheint, die dem Gewohnheitsrecht von Natur aus zukommende rechtsverbindliche Kraft einzuschränken oder gar gänzlich aufzuheben.

Und ferner: Das Gewohnheitsrecht erzeugt Rechtssätze, die im Staate Geltung beanspruchen, regelt die rechtlichen Beziehungen der Bewohner des Staates, ist also etwas, was in seinem ganzen Umfange im Staate, wenn auch nicht durch den Staat, gilt. Dann muß man aber auch dem Staat das Recht einräumen, in die Gewohnheitsrechtsbildung fördernd

[1]) a. a. O. S. 290 ff und Staudinger I Einl. S. 18; ähnlich Dahn S. 583, Schuppe S. 180, Sturm S. 275 f. Anders und richtig: Bruns § 7, Vangerow S. 44, Gierke D. P. R. S. 174, Windscheid S. 77, Stobbe S. 176, Rümelin S. 237 f, Esser S. 60 f, Crome System S, 85.

oder hemmend einzugreifen, je nachdem es ihm für seine Zwecke angebracht erscheint. Diese Befugnis steht dem Staate insbesondere dann zu, wenn es sich um die Beschränkung eines nicht den ganzen Staat umfassenden, sondern eines territorialen Gewohnheitsrechts handelt.[1]) Der Staat muß das Recht haben, den ihm untergeordneten Gewalten die Rechtserzeugung aus den Händen zu nehmen, wenn er sie für schädlich für das Gesamtwohl hält, denn sonst wäre die Rechtseinheit ein unerreichbares Ideal! Und dieses Recht kann der Staat nicht nur gegenüber den untergebenen Staatsgewalten, sondern auch gegenüber den einzelnen Volksteilen für sich in Anspruch nehmen, denn „hier wird jenes Moment der Volksgliederung in Kreise, von denen die einen dem Rechtswillen der anderen unterworfen sind, auch für die Tätigkeit derselben zur Erzeugung von Gewohnheitsrecht bedeutsam."[2])

Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber seine Stellung dem gemeinen Gewohnheitsrecht gegenüber regelt, schafft er mit einer solchen Vorschrift einen „verbindlichen" Gesetzesinhalt.[3]) Und nicht einmal eine Zuständigkeitsüberschreitung von Seiten des Gesetzgebers[4]) können wir in einer derartigen Normierung sehen, denn auch die Regelung des Verhältnisses von Gesetz und gemeinem Gewohnheitsrecht steht dem Gesetzgeber von Rechts wegen zu. Fragen wir uns, was der Gesetzgeber damit erreichen will, wenn er bestimmt, daß das Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht gegenüber keine oder wenigstens keine derogatorische Kraft haben soll. Offenbar will er nicht durch ein derartiges Verbot das Gewohnheitsrecht aus der Welt schaffen; das wäre ein törichtes und unmögliches Beginnen. Vielmehr will der Staat, wenn er eine solche das Gewohnheitsrecht ausschließende oder nur beschränkende Anordnung trifft,

[1]) Das räumt auch Eisele S. 293 ein.

[2]) Crome Gew. Recht S. 349.

[3]) A. M. Eck S. 24: „Die Bildung von Reichsgewohnheitsrecht kann nicht verboten werden."

[4]) So Crome Gew. Recht S. 348 f, der jedoch sonst in dieser Frage die richtige Ansicht vertritt.

in erster Reihe die Anwendung des Gewohnheitsrechts in seinen Gerichten regeln. Eine solche Bestimmung ist der Befehl an den Richter: Du sollst Gewohnheitsrecht dem Gesetze gegenüber überhaupt nicht, oder doch nur insoweit ich es gestatte, gelten lassen.[1]) Man kann m. E. nicht bezweifeln, daß der Staat zu einem solchen Verbot ein Recht hat, und eine Theorie, die dies leugnet, „zerschellt an der Tatsache, daß noch kein Richter gewagt hat und in Zukunft wagen wird," sich über derartige Gesetzesanordnungen „als unverbindlichen Gesetzesinhalt hinwegzusetzen."[2])

Der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht steht nicht im Wege, daß ein dem Gewohnheitsrecht seine verbindliche Kraft nehmendes Gesetz selbst wieder durch Gewohnheitsrecht beseitigt werden kann. Der Gesetzgeber kann natürlich nicht dem von ihm erzeugten Recht für alle Zeiten Geltung sichern. Die lebendige Kraft der Gewohnheit hat sich bisher immer dem toten Buchstaben des Gesetzes überlegen erwiesen.[3]) „Diese Tatsache mag Zweifel an der Zweckmäßigkeit eines solchen[4]) Gesetzes hervorrufen, stellt seine Gültigkeit aber nicht in Frage."[5])

Erwägt man, daß die Aussprüche des Gesetzgebers über die Geltung des Gewohnheitsrechts selbst wieder der Aufhebung durch Gewohnheitsrecht anheimfallen können, so kann man leicht dazu gelangen, solchen Gesetzesbestimmungen jeden materiellen Wert abzusprechen.[6]) Aus diesem Gedankengange heraus erklärt sich die *Cosack*'sche Theorie vom Gewohn-

[1]) Ebenso Matthiaß S. 20 und Saleilles S. 78 f. Vgl. Leonhard B.G.B. S. 48: „Soweit sie (die Gesetzbücher) ein solches Recht (Gewohnheitsrecht) verwerfen, beseitigen sie nur in Zukunft die vorher geltende gesetzliche Anerkennung derartiger Rechtsbildungen."

[2]) Regelsberger S. 103.

[3]) Vgl. Leonhard B.G.B. S. 48.

[4]) das Gewohnheitsrecht einschränkenden oder beseitigenden.

[5]) Matthiaß S. 20.

[6]) Dann wäre aber jedes Gesetz zwecklos, denn keines ist vor seinem Untergange sicher.

heitsrecht.[1]) *Cosack* geht davon aus, daß der Ursprung des Gewohnheitsrechts jenseits allen Rechtes „auf dem Gebiete der nackten unjuristischen Tatsachen" liege. Daraus folge, daß die Frage nach dem Range des Gewohnheitsrechts im Verhältnis zum Gesetzesrecht nicht aus einer Rechtsregel beantwortet werden könne. „Das Gewohnheitsrecht nimmt sich den Rang selber". Das Verhältnis beider Rechte zu einander sei lediglich eine Machtfrage, mithin überschreite der Gesetzgeber seine Zuständigkeit, wenn er über dasselbe einen Ausspruch tue.[2])

Diese Theorie wird durch die vorangehenden Ausführungen widerlegt. Wir haben festgestellt, daß man sehr wohl von der Ebenbürtigkeit des Gewohnheitsrechts mit dem Gesetzesrechte und von seiner vom Gesetze unabhängigen Geltungskraft ausgehen und trotzdem dazu gelangen kann, dem Gesetzgeber das Recht zuzuerkennen, das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zu den gesetzlichen Bestimmungen verbindlich zu regeln. Macht der Gesetzgeber von dieser Befugnis Gebrauch, so schafft er damit ebenso wie mit jedem anderen seiner Aussprüche unbedingt einen Rechtszustand. Machtfrage ist, wie sich Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht tatsächlich zu einander verhalten, insbesondere also, ob die das Gewohnheitsrecht verbietende Gesetzesnorm selbst wieder durch Gewohnheitsrecht beseitigt werden wird.[3]) Wir müssen der *Cosack*'schen Theorie vorwerfen, daß sie diese beiden scharf von einander zu scheidenden Momente des Rechtlichen und des Tatsächlichen nicht auseinander hält.[4])

Daß es sich aber nicht um eine rein theoretische Konstruktion handelt, wenn man dem Gesetzgeber das Recht beilegt, seine

[1]) Vgl. Cosack 1. Aufl. S. 38 ff.

[2]) Ebenso wie Cosack: Hölder S. 51, 59, Krückmann S. 192, Geisler S. 27.

[3]) Vgl. Endemann S. 38. Anm. 19; besonders deutlich Leonhard B.G.B. S. 47: „Ob in solcher Art (außerhalb jeder gesetzlichen Vorschrift) eine Gewohnheit ein Gesetz fortzuräumen vermag, ist eine reine Machtfrage."

[4]) Vgl. Crome Gew. Recht S. 350, Eck S. 23 f. Von der Cosack'schen Theorie in ihrer Anwendung auf das B.G.B. ist im § 8 C zu sprechen.

Beziehungen zum Gewohnheitsrecht zu normieren, sondern daß der Gesetzgeber dieses Recht auch praktisch verwertet, beweisen die großen Kodifikationen vor dem B.G.B.[1]) und was uns noch näher liegt, der erste Entwurf des B.G.B. selbst.[2])

§ 7.

Die Geltung von Reichsgewohnheitsrecht neben dem B.G.B.

Nachdem wir im vorangehenden Paragraphen das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Gesetzesrecht im allgemeinen und insbesondere die Berechtigung des Gesetzgebers, das Gewohnheitsrecht zu beschränken oder auszuschließen, erörtert haben, wollen wir nunmehr untersuchen, inwieweit das B.G.B. das Gewohnheitsrecht neben seinen eigenen Bestimmungen gelten läßt.

Wir wissen aus der Entstehungsgeschichte des B.G.B., daß die zweite Kommission den § 2 des ersten Entwurfes gestrichen hat, jedoch in Aussicht nahm, in das E. G. Vorschriften aufzunehmen, die klar stellen sollten, ob und inwiefern gegenüber dem B.G.B. Gewohnheitsrecht gelte.[3]) Bei der Beratung des E. G. wurden jedoch alle zu diesem Punkte vorliegenden Anträge abgelehnt und „beschlossen, die das Gewohnheitsrecht betreffende Frage auch im E. G. mit Stillschweigen zu übergehen".[4]) Da somit das B.G.B. eine positive Bestimmung über das Gewohnheitsrecht nicht enthält,[5]) müssen wir seine Stellungnahme zu diesem Rechte aus seiner Entstehungsgeschichte, seinem Charakter als Reichsgesetz und als Kodi-

[1]) Vgl. preuß. A.L.R. von 1794 Einl. §§ 3, 4, 60, code civil von 1807 Art. 1, bad. L. R. von 1809 Satz 6d, öster. Gesetzbuch von 1811 § 10, sächs. B.G.B. von 1863 § 28, H.G.B. von 1861 Art. 1.

[2]) § 2 des 1. Entw. lautete: „Gewohnheitsrechtliche Normen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist."

[3]) Vgl. Prot. Bd. I. S. 3.

[4]) Prot. Bd. VI. S. 361.

[5]) Insofern hat Leonhard recht, wenn er (B.G.B. S. 49 II b) sagt, daß das Reichsrecht eine vom Gesetze abhängige (d. h. eine von ihm ausdrücklich genehmigte) Gewohnheitsrechtsbildung nicht kennt.

fikation und — das in erster Reihe — durch Interpretation seines Inhalts zu erkennen suchen.[1]) Wir haben dabei eine Scheidung zwischen Reichsgewohnheitsrecht und Landesgewohnheitsrecht vorzunehmen. Wir beginnen mit dem Verhältnis des B.G.B. zum Reichsgewohnheitsrecht.

Der Art. 2 des E. G. lautet: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm."[2]) „Gesetz" bedeutet hier demnach nicht, was man gewöhnlich darunter versteht, das vom Staate durch das verfassungsmäßige Organ gesetzte Recht, sondern in einem weiteren Sinne jede Regel des objektiven Rechts, mithin auch die Normen des Gewohnheitsrechts.[3]) Der Grund dieser Terminologie des Art. 2 ist ein ausschließlich technischer: man brauchte einen umfassenden Ausdruck für die auf verschiedenen Rechtsquellen beruhenden Rechtssätze, insbesondere des Landesrechts, und im E. G. war dieses Bedürfnis um so größer, als gerade hier auf das geltende Recht häufig Bezug genommen werden mußte.[4]) Zu jenen Rechtsquellen, die der Ausdruck „Gesetz" umfassen soll, gehört also offenbar auch die Rechtsgewohnheit. Das B.G.B. erkennt somit durch Art. 2 seines E. G. das Gewohnheitsrecht indirekt als geltendes Recht an. Außerdem aber gibt es durch Art. 2 zu erkennen, daß es zum Gewohnheitsrecht, zum Reichs- und Landesgewohnheitsrecht, in dasselbe Verhältnis treten will, in das es sich zum Gesetzesrecht, zu den Reichs- und zu den Landesgesetzen, stellt.[5]) Gewohnheitsrecht bleibt mithin neben dem B.G.B. in demselben Umfange bestehen und kann sich neu bilden wie Gesetzesrecht.

Wenn also Art. 32 des E. G. sagt, daß die Vorschriften

[1]) Ebenso Scholz S. 462.

[2]) Vgl. die analogen Bestimmungen: E.G. zur Z.P.O. § 12, E.G. zur K.O. § 2, E.G. zur St.P.O § 7.

[3]) Vgl. oben § 1.

[4]) Vgl. Mot. zum E.G. S. 64 in Verbindung mit Mot. Bd. I. S. 2.

[5]) Ebenso Eck S. 21, Planck VI zu Art. 2, Niedner zu Art. 2, Gareis Einl. S. 36.

der Reichsgesetze in Kraft bleiben, soweit sich nicht aus dem B.G.B. oder dem E. G. ihre Aufhebung ergibt, so ist diese Gesetzesbestimmung als auch auf das Reichsgewohnheitsrecht sich beziehend extensiv zu interpretieren. Das B.G.B. bringt somit dem Reichsrecht, also auch dem Reichsgewohnheitsrecht gegenüber das Kodifikationsprinzip nicht zur Anwendung, sondern läßt es in der Regel in Geltung. Nur insoweit das B.G.B. oder das E. G. Reichsgesetze aufhebt oder abändert, wird auch das Reichsgewohnheitsrecht, welches sich innerhalb der von den aufgehobenen Gesetzesbestimmungen geregelten Materien gebildet hatte, beseitigt, im übrigen bleibt es bestehen. Die Aufhebung des Reichsgewohnheitsrechts ist entweder eine ausdrückliche[1]) oder eine stillschweigende; letzteres dann, wenn das Reichsgewohnheitsrecht mit den Bestimmungen des B.G.B. im Widerspruch steht. Insbesondere ist das B.G.B. dem Reichsgewohnheitsrecht in den Rechtsgebieten des Privatrechts, auf die es sich nicht erstreckt — Handelsrecht i. w. S., Immaterialgüterrecht — nicht hinderlich.

Soweit Reichsgewohnheitsrecht neben dem B.G.B. bestehen bleibt, kann es sich auch neu bilden, und zwar sowohl als ergänzendes wie auch als widerstreitendes, da das B.G.B. einen Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Gewohnheitsrechts nicht macht. Es ist daher nicht richtig, wenn *Endemann*[2]) dem Reichsgewohnheitsrecht zwar eine ergänzende, aber keine derogatorische Wirkung zuerkennt.[3]) Die Möglichkeit der Neubildung von Reichsgewohnheitsrecht folgt aus seiner vom B.G.B. anerkannten Gleichberechtigung mit dem Reichsgesetzesrecht; da nun die Bestimmungen des B.G.B. durch ein späteres Reichsgesetz ergänzt und nach dem Grundsatze lex posterior derogat legi priori auch beseitigt werden

[1]) Vgl. E. G. Art 33—54 in Verbindung mit Art. 2.

[2]) Lehrb. des Bürg. Rechts 3. u. 4. Aufl. S. 52.

[3]) Anders Endemann Lehrb. des Bürg. Rechts 9. Aufl. S. 39: Hier wird die Frage, ob dem Reichsgewohnheitsrecht derogatorische Wirkung beizumessen ist, als Machtfrage bezeichnet.

können, ist ihre Ergänzung bezw. Derogation durch neu entstehendes Reichsgewohnheitsrecht gleichfalls zulässig. In gleicher Weise wie innerhalb der vom B.G.B. nicht geregelten Materien kann sich auch in den Rechtsgebieten dieses Gesetzbuches Reichsgewohnheitsrecht bilden; und zwar dürfte von diesen wohl das Obligationenrecht den geeignetsten Boden für die Entstehung von Reichsgewohnheitsrecht abgeben.

Eine andere Frage ist, ob heute bei der Größe des Anwendungsgebietes, den differenzierten Lebensverhältnissen, der Verschiedenheit der Anschauungen eine einheitliche Rechtsüberzeugung und als deren Folge ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht sich tatsächlich wird bilden können.[1]) Zuzugeben ist, daß unter den obwaltenden Bedingungen, hauptsächlich bei der regen Tätigkeit des Gesetzgebers, die Bildung von Reichsgewohnheitsrecht sehr erschwert sein dürfte. Insoweit es sich um neu aufkommende Verkehrserscheinungen handelt, die eine Anerkennung im Gesetze überhaupt noch nicht gefunden haben, dürfte der Gesetzgeber ihre rechtliche Regelung schwerlich dem Reichsgewohnheitsrecht überlassen. Dagegen wird sich das Reichsgewohnheitsrecht auch heute noch derogatorisch betätigen können, und gerade in der derogatorischen Kraft liegt für unsere Zeit in erster Reihe die Bedeutung des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts.[2]) Allerdings wirkt die Macht, mit der das „publizierte Gesetz" den Richter an sich fesselt, der Entstehung eines derogatorischen Gewohnheitsrechts entgegen; andrerseits wird kein Gesetz verhindern können, „daß es veraltet und in Vergessenheit gerät." Auch noch für die heutigen Verhältnisse haben wir mit dem Reichsgewohnheitsrecht als einem Bestandteile unseres Reichsrechts zu rechnen. In jedem Falle war es ein schwerer Fehler, dessen Beseitigung wir nicht zum wenigsten dem energischen Auftreten *Gierkes*[3]) zu verdanken haben, wenn

[1]) Vgl. Mot. Bd. I. S. 7 f und Prot. Bd. VI. S. 362.

[2]) Ebenso Gierke Entw. S. 124 und Crome Gew. Recht S. 328 f; gerade entgegengesetzt Endemann 9. Aufl. S. 39.

[3]) Gierke, Der Entwurf eines B.G.B.

der erste Entwurf des B.G.B. das Reichsgewohnheitsrecht nicht anerkannte, weil man die Bildung eines gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts in Zukunft für höchst unwahrscheinlich hielt.[1]) Es ist nicht Sache des Gesetzgebers zu prophezeien, denn es schadet seiner Autorität, wenn ihn die Wirklichkeit widerlegt! Wenn die Motive die Entstehung von Reichsgewohnheitsrecht bezweifeln, so denken sie nicht an die Tätigkeit des Reichsgerichts. Obgleich die Praxis des höchsten Gerichtshofes und die sich daran anschließende Rechtssprechung der anderen Gerichte nicht rechtsbildend wirkt[2]), so vermag sie doch durch Auslegung und analoge Anwendung der Reichsgesetze auf die Anschauung der beteiligten Berufskreise so einzuwirken, daß es schließlich zur Ausbildung eines einheitlichen deutschen Gewohnheitsrechts kommen kann.[3]) Die Judikatur des Reichsgericht wird voraussichtlich der Hauptweg sein, auf dem das Reichsgewohnheitsrecht Eingang in das Rechtsleben des Volkes findet.[4])

Wenn, wie dargelegt, das B.G.B. Reichsgewohnheitsrecht in gleichem Umfange wie Reichsgesetzesrecht neben sich gelten läßt, so ist dieser Standpunkt, der einer klugen Selbstbeschränkung des Gesetzgebers entspringt, durchaus gutzuheißen. Es ist einleuchtend, daß jede Kodifikation von Hause aus geneigt ist, sich dem Gewohnheitsrecht gegenüber ablehnend zu verhalten, um die hergestellte Rechtseinheit nicht von vornherein rechtszersetzenden Einflüssen, die sich ja hauptsächlich in Gewohnheitsrechtsbildungen äußern, preiszugeben. Solche Bedenken kommen jedoch einem gemeinen Gewohnheitsrecht gegenüber nicht in Frage, denn hat sich erst einmal eine Rechtsüberzeugung zu einem alle beteiligten Kreise umfassenden Gewohnheitsrecht ausgewachsen, so ist das ein Beweis dafür, daß das bestehende Recht die Rechtsbedürfnisse nicht

---

[1]) Vgl. Mot. Bd. I. S. 8.

[2]) Vgl. S. 23 Anm. 4.

[3]) Vgl. Prot. Bd. VI. S. 362.

[4]) So Planck I S. 39, Niedner zu Art. 2, Enneccerus-Lehmann S. 23, Hölder im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 73. S. 17.

bloß einzelner Kreise, sondern aller, die es anwenden, nicht befriedigt. Hat aber ein Gewohnheitsrecht einen solchen Umfang erreicht, dann erscheint seine Anerkennung durch den Gesetzgeber vom rechtspolitischen Standpunkte aus geboten, denn ohne Erfolg würde er sich ihm widersetzen.

Diese Erwägungen scheinen auch der Grund gewesen zu sein, aus dem der Gesetzgeber des B.G.B. auf einen Ausschluß des Reichsgewohnheitsrechts verzichtet hat. Allerdings führen die Protokolle[1]) eine andere Ursache hierfür an, wenn sie sagen, es sei „der Macht des Gesetzgebers entrückt", das Verhältsnis des Reichsgewohnheitsrechts zum B.G.B. zu bestimmen. Ist damit das tatsächliche Verhältnis beider gemeint, so kann dieses durch eine Gesetzesbestimmung ebenso wenig festgelegt werden, wie das tatsächliche Verhältnis des Landesgewohnheitsrechts zum B.G.B.; das stärkere Recht wird im Leben den Sieg über das andere davon tragen, sei es nun Reichs- oder Landesrecht. Mithin ist das kein durchschlagender Grund für die Existenzberechtigung des Reichsgewohnheitsrechts neben dem B.G.B., denn der gleiche Grund spräche für die Weitergeltung des Landesgewohnheitsrechts neben dem B.G.B. Haben aber die Protokolle, wenn sie von der Machtlosigkeit des Gesetzgebers sprechen, das rechtliche Verhältnis des Reichsgewohnheitsrechts zum B.G.B. im Auge, so müssen wir dieses Argument geradezu als unrichtig bezeichnen. Denn wir haben im § 6 eingehend erörtert, daß der Gesetzgeber trotz der vollen Gleichwertigkeit des Reichsgewohnheits- und des Reichsgesetzesrechts jenem rechtswirksam die Anerkennung verweigern darf. Also auch so aufgefaßt, hält der Grund, den die Protokolle für die Weitergeltung des Reichsgewohnheitsrechts neben dem B.G.B. anführen, einer Kritik nicht Stand. Mag man über die Erwägungen, von denen sich der Gesetzgeber in dieser Frage hat leiten lassen, streiten, Tatsache ist — um das nochmals hervorzuheben —, daß das B.G.B. gemeines deutsches Gewohnheitsrecht als gleichberechtigt mit gemeinem deutschen Gesetzes-

[1]) Vgl. Prot. Bd. VI. S. 362.

recht anerkennt, d. h. beide Arten des Reichsrecht in gleicher Weise grundsätzlich unbeschränkt bestehen und neu sich bilden läßt. So die allgemeine Meinung.[1]) Abweichender Ansicht ist, soweit mir die einschlägige Litteratur zugänglich war, nur *Osthelder*.[2]) Er stützt sich auf die Verhandlungen der 2. Kommission[3]), die „keinen Anlaß geben, daraus zu folgern, daß dem Gewohnheitsrecht bindende Kraft als Reichsrecht zukomme." Abgesehen davon, daß die Verhandlungen der Kommission nicht im Sinne *Osthelder*'s auszulegen sind,[4]) können wir uns das Zurückgehen auf sie ersparen, denn die Anerkennung des Reichsgewohnheitsrechts ist im B.G.B. selbst deutlich zum Ausdruck gekommen, und das allein ist maßgebend.

§ 8.

Die Geltung von Landesgewohnheitsrecht neben dem B.G.B.

A. Die grundsätzliche Beseitigung des Landesgewohnheitsrechts durch das B.G.B.

Gerade in das entgegengesetzte Verhältnis wie zum Reichsgewohnheitsrecht tritt das B.G.B. zum Landesgewohnheitsrecht. Läßt es jenes im Prinzip weiter in Geltung, so hebt es dieses grundsätzlich auf. Dem Landesgewohnheitsrecht gegenüber betont das B.G.B. seinen Charakter als einheitliche Kodifikation, d. h. es versagt ihm die Anerkennung als geltendes Recht, soweit nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt ist. Wir werden im folgenden untersuchen, woraus das eben

[1]) Vgl. außer den bereits Angeführten: Dernburg Bürg. Recht I. S. 75, Zitelmann B.G.B. S. 17, Hölder S. 52, Enneccerus-Lehmann S. 8, Staudinger VI zu Art. 2, Landsberg S. 41, Küntzel S. 488, Crome System S. 34 f und Gew. Recht S. 328, Cosack 4. Aufl. S. 34 f, Sturm S. 281 f, Kuhlenbeck B.G.B. I Einl. S. 17 und III S. 456, Krückmann S. 195, Saleilles S. 75.

[2]) a. a. O. S. 33.

[3]) Vgl. Prot. Bd. VI. S. 362.

[4]) Vgl. Prot. a. a. O: „Immerhin werde sich auf manchen Gebieten ein einheitliches Gewohnheitsrecht bilden."

dargelegte Verhältnis des B.G.B. zum Landesgewohnheitsrecht ersichtlich ist.

Als Reichsgesetz fällt das B.G.B. unter den Art. 2 der R. V., welcher bestimmt, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen sollen. Es fragt sich nun, ob die R. V. mit dieser Normierung nur das von den untergeordneten Staatsgewalten ausgehende Recht oder das Landesrecht in seinem ganzen Umfange, also auch das Landesgewohnheitsrecht, hat treffen wollen. Sieht man nur auf den Wortlaut des Art. 2, so spricht die R. V. allerdings nur von gesetztem Recht, und eine authentische Interpretation, daß unter Landesgesetz jede landesrechtliche Norm zu verstehen sei, befindet sich in der R. V. nicht.[1]) Einem solchen Argument treten *Endemann*[2]) und *Crome*[3]) geschickt entgegen, wenn sie sagen, daß das B.G.B. durch Art. 2 des E. G., der unter „Gesetz" „jede Rechtsnorm" verstehe, den Art. 2 der R. V. für sein Gebiet authentisch interpretiere. Wenn *Hölder*[4]) meint, die Bildung von Landesgewohnheitsrecht sei eine der Entscheidung durch die R. V. sich entziehende Tatfrage, so können wir dieser Ansicht nicht beitreten. Man wird u. E. der R. V. als Grundgesetz des deutschen Reiches nicht das Recht verweigern dürfen, zu jeder im deutschen Reiche Geltung beanspruchenden Rechtsnorm, sei sie gesetzesrechtlicher oder gewohnheitsrechtlicher Natur, anerkennend oder ablehnend Stellung zu nehmen. Ebensowenig ist richtig, was *Krückmann*[5]) zur Verteidigung der Ansicht, daß im Art. 2 der R. V. unter Landesgesetz nicht auch Landesgewohnheitsrecht zu verstehen sei, anführt, daß nämlich der Reichseinheit eine größere Gefahr von der partikularen Gesetzgebung als vom partikularen Gewohnheitsrecht drohe. Treffend erwidert ihm darauf *Crome*,[6])

[1]) So Gareis Einl. S. 37.
[2]) a. a. O. S. 38.
[3]) Gew. Recht S. 377.
[4]) a. a. O. S. 51
[5]) a. a. O. S. 200.
[6]) Gew. Recht S. 336 f.

gerade das Gegenteil sei richtig, denn die Gesetzgebung der Gliedstaaten sei verfassungsmäßig beschränkt, während sich das Landesgewohnheitsrecht, sei es erst einmal anerkannt, auf jedem Gebiete betätigen könne. *Hänel*[1]) und *Munk*[2]) sind der Meinung, daß Art. 2 der R. V. nur der Gesetzgebungsgewalt des Reichs vor der einzelstaatlichen den Vorrang verschaffen wolle, mithin Art. 2 das Landesgewohnheitsrecht nicht ausschließe.[3])

Im Gegensatz zu den bisher vorgetragenen Auffassungen geht die unsrige dahin, daß die R. V. durch ihren Art. 2 jede partikulare Rechtsbildung hat verhindern wollen, und daß „Gesetz" im Sinne dieses Artikels nicht einen Akt der Legislative, sondern materiellrechtlich „jede Rechtsnorm" bedeutet.[4]) Bekanntlich ist es das oberste Prinzip des neuen Reichsrechts, daß es ausschließliche Geltung vor jedem partikularen Recht, unbekümmert um dessen Ursprung, beansprucht. Es wäre daher verwunderlich, wenn die Gründer des neuen Reiches diesen Gedanken der Rechtseinheit in der R. V., dem Haupt- und Grundgesetze des Deutschen Reiches, nicht hätten zum Ausdruck bringen wollen. Berücksichtigen wir die nach Einheit strebende Zeit, in der die R. V. entstanden ist — und jedes Gesetz muß aus den Zeitverhältnissen heraus, die es hervorgebracht haben, gedeutet werden —, so können wir getrost behaupten, daß man den besonderen Ausschluß des

---

[1]) Hänel, Deutsches Staatsrecht Bd. I S. 250.

[2]) Munk in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 699.

[3]) Im selben Sinne außer den bereits genannten Schriftstellern: Staudinger I. Einl. S. 19, Kuhlenbeck B.G.B. I S. 18.

[4]) So die herrschende Meinung: v. Seydel, Kommentar zur R. V. (2. Aufl.) zu Art. 2; Arndt, Kommentar zur R. V. zu Art. 2; Laband, Staatsrecht II S. 105; Zorn, Reichsstaatsrecht S. 109; v. Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reiches (2. Aufl.) II S. 6; Anschütz, Deutsches Staatsrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie (6. Aufl.) S. 598; Gierke D. P. R. S. 184 und Entwurf S. 123 f; Regelsberger S. 118 Anm. 5; Eisele S. 295; Dernburg Pand. S. 61 Anm. 6; Planck I S. 38; Staudinger VI zu Art. 2; Enneccerus-Lehmann S. 23; Niedner zu Art. 2; Hartmann S. 325; Küntzel S. 488; Saleilles S. 71 f.

Landesgewohnheitsrechts neben dem Landesgesetzesrecht in der R. V. lediglich deswegen unterlassen hat, weil man ihn für selbstverständlich hielt. In diesem Sinne legen außer *Hänel* alle Staatsrechtslehrer, deren Urteil bei einer staatsrechtlichen Streitfrage doch wohl in erster Reihe in Betracht kommt, den Art. 2 der R. V. aus. Dieselbe Auffassung vom Art. 2 der R. V. hatte aber auch, was hier besonders interessiert, der Gesetzgeber des B.G.B. Gerade die Rücksicht auf die richtige Auslegung des Art. 2 war es, welche die 2. Kommission veranlaßt hat, „über das Verhältnis des in den einzelnen Gebietsteilen des Reichs sich bildenden Gewohnheitsrechts zu den Vorschriften des B.G.B. sich einer ausdrücklichen Vorschrift zu enthalten."[1])

Zu dem gleichen Ergebnis, dem prinzipiellen Ausschluß des Landesgewohnheitsrechts durch das B.G.B., gelangen wir, auch ohne daß wir auf die R. V. zurückgehen. Die Vorschrift des Art. 2 des E. G., daß „Gesetz" im Sinne des B.G.B. und des E. G. „jede Rechtsnorm" bedeute, findet offenbar auch dann Anwendung, wenn von Landesgesetzen die Rede ist.[2]) Wenn demnach im Art. 55 des E.G. bestimmt ist, daß die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, soweit nicht im B.G.B. oder im E. G. ein anderes angeordnet ist, so sind darunter auch die privatrechtlichen Vorschriften des Landesgewohnheitsrechts zu verstehen. Aus Art. 55 erhellt daher, daß das B.G.B. dem Landesgewohnheitsrecht gegenüber das Kodifikationsprinzip zur Geltung bringt, d. h. von Ausnahmen abgesehen, Landesgewohnheitsrecht jeder Art in seiner Gesamtheit aufhebt.[3]) Aus Art. 55 ergibt sich aber

[1]) Prot. Bd. 6 S. 362.

[2]) Ebenso Planck VI zu Art. 2, Leonhard B.G.B. S. 44, Niedner zu Art. 2. A. M. Fl. in der Jur. Monatsschrift z. Vorb. a. d. Prüf. 8. Jg. 1898 S. 118, der die Bestimmung des Art. 2 des E.G. ausschließlich für den Ausdruck „Gesetz" gelten lassen will; was für ein „Gesetz" Fl. dann aber meint, wenn unter der Bestimmung des Art. 2 nicht „Landesgesetz" oder „Reichsgesetz" — letzteres dürfte wohl Fl. folgemäßig gleichfalls leugnen — zu verstehen ist, bleibt unklar; ein Drittes gibt es meines Ermessens nicht!

[3]) Vgl. Eck S. 22, Landsberg S. 41, Enneccerus-Lehmann S. 13 u. 23, Staudinger I Einl. S. 19 u. VI Vorb. zu Art. 55, Kuhlenbeck

auch weiter, daß das B.G.B. bei der Beseitigung des Landesgewohnheitsrechts zwischen ergänzendem und widerstreitendem nicht unterscheidet. Während es nach Art. 2 der R.V. zweifelhaft sein kann, ob durch Reichsrecht nur ein diesem widersprechendes — die Reichsgesetze sollen den Landesgesetzen „vorgehen" —, oder auch das ergänzende Landesrecht aufgehoben wird, läßt Art. 55 keinen Zweifel, daß das B.G.B. auch das ergänzende Landesgewohnheitsrecht ausschließt.

Und endlich gibt es noch eine dritte Gesetzesbestimmung, aus der man das Verhältnis des B.G.B. zum Landesgewohnheitsrecht entnehmen kann: Art. 3 des E.G. in Verbindung mit Art. 2 desselben Gesetzes.[1]) Wenn nämlich Art. 3 das Fortbestehen und die Neubildung von landesgesetzlichen Vorschriften in dem Umfange anordnet, als im B.G.B. oder im E. G. sich ein Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze befindet, so folgt daraus durch argumentum e contrario, daß die Landesgesetze, mithin auch das Landesgewohnheitsrecht (Art. 2), beseitigt werden, soweit sich im B.G.B. oder im E. G. ein solcher Vorbehalt nicht findet.

Aus Art. 3 in Verbindung mit Art. 2 des E. G. ergibt sich ferner, daß das B.G.B. nicht nur das bestehende Landesgewohnheitsrecht außer Kraft setzt, sondern daß es auch die Entstehung von neuem Landesgewohnheitsrecht verhindert. Denn wenn nach den Art. 3 und 2 neues Landesrecht sich bilden kann, soweit das bestehende unberührt bleibt, so ist klar, daß, soweit das bestehende Landesgewohnheitsrecht beseitigt wird, auch eine Neubildung von landesgewohnheitsrechtlichen Normen unmöglich ist.

B.G.B. I Einl. S. 17, Planck I Vorb. S. 39 und VI zu Art. 55, Crome System S. 85 und Gew.-Recht S. 387, Saleilles S. 76.

[1]) Vgl. Zitelmann B.G.B. S. 17.

B. Die Vorbehalte zu Gunsten des Landesgewohnheitsrechts.

I. Im allgemeinen.

Wir haben bereits unter A dieses Paragraphen erwähnt, daß die Beseitigung des partikularen Gewohnheitsrechts durch das B.G.B. zwar eine prinzipielle aber keine ausnahmlose ist. Denn nach Art. 55 in Verb. mit Art. 2 des E. G. tritt das Landesgewohnheitsrecht nur insoweit außer Kraft, als im B.G.B. oder im E. G. nichts Gegenteiliges angeordnet ist. Eine solche Bestimmung zu Gunsten des Landesgewohnheitsrechts liegt dort vor, wo das E. G. ganze Rechtsmaterien der landesrechtlichen Normierung vorbehält, oder wo das B.G.B. zwar das betreffende Rechtsgebiet selbst regelt, die Festsetzung einzelner bestimmter Beziehungen aber dem Landesrecht überläßt. Der Gesetzgeber des B.G.B. hat richtig erkannt, daß gewisse Rechtsverhältnisse nicht auf Grund einer allgemeinen Regel für das ganze Reich geordnet werden können, sondern daß ihre Normierung im weitesten Umfange eine Berücksichtigung territorialer und lokaler Verschiedenheiten erfordert.[1]) Die Vorbehalte[2]) und Verweisungen[3]) betreffen daher zum großen Teile gerade solche Materien, in denen das Gewohnheitsrecht besonders tätig ist: Anerbenrecht, Wasserrecht, Zwangs- und Bannrechte, Wegerecht, Nachbarrecht, Gesinderecht, gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse, Kirchen- und Schulbaulast.

Soweit die Vorbehalte reichen, bleibt nicht nur das bestehende Landesgewohnheitsrecht, unter dem auch, wie oben bemerkt, das Gewohnheitsrecht kleinerer partikularer Kreise und Körperschaften einbegriffen ist, in Kraft, sondern es kann sich auch gemäß Art. 3 des E. G. für die Zukunft — natürlich immer nur mit Wirkung für das betreffende Gebiet — neues

[1]) Vgl. Mot. z. E.G. S. 148.

[2]) E.G. Art. 56—152.

[3]) B.G.B. §§ 44, 85, 233, 907, 919, 1315, 1784, 1807, 1808, 1888. Schloßmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 289 ff. sieht im § 97 B.G.B. gleichfalls eine Verweisung auf Landesgewohnheitsrecht; ich kann mich dieser Ansicht nicht anschliessen.

bilden. Innerhalb der Vorbehalte ist das Gewohnheitsrecht in keiner Weise beschränkt, es kann sowohl zur Ergänzung des B.G.B. als auch im Widerspruch mit dessen Sätzen entstehen.[1])

Es fragt sich, ob die Landesgesetzgebung das Recht hat, die Gewohnheitsrechtsbildung in den vorbehaltenen Rechtsgebieten zu untersagen. Diese Frage muß aus der Bedeutung und dem Zwecke der Vorbehalte beantwortet werden. Wenn das B.G.B. auf die Regelung gewisser Materien verzichtet und diese der landesrechtlichen Normierung überläßt, so geht es dabei, wie schon angedeutet, von der Erwägung aus, daß die betreffenden Rechtsgebiete so sehr mit territorialen Besonderheiten verwachsen sind, daß auf sie allgemeine Anordnungen nicht anwendbar erscheinen. Mit Rücksicht hierauf setzt sich das B.G.B. für den Umfang der Vorbehalte selbst außer Kraft; keine seiner Bestimmungen soll für diese Rechtsgebiete gelten, vielmehr soll in ihnen das Landesrecht schalten und walten können, wie es ihm passe. Wenn demnach das B.G.B. im Art. 3 (Art. 2) des E. G. für die vorbehaltenen Gebiete Landesgewohnheitsrecht ganz allgemein zuläßt, so will es damit nicht über dessen tatsächliche Anerkennung durch die einzelstaatliche Gesetzgebung entscheiden. Art. 3 soll nur zum Ausdruck bringen, daß das B.G.B., während es im Prinzip dem Landesgewohnheitsrecht feindlich gegenübertritt, gegen dessen Bildung innerhalb der Vorbehalte nichts einzuwenden hat. Ob aber die einzelnen Landesteile von diesem Vorrecht Gebrauch machen wollen oder nicht, bleibt ihnen freigestellt Erscheint es somit einem Landesgesetzgeber für sein Territorium erforderlich, in den vorbehaltenen Rechtsgebieten das bestehende partikulare Gewohnheitsrecht zu beseitigen oder zu beschränken und seine Neubildung zu verbieten, so stünde das B.G.B., ins-

[1]) Ebenso Eck S. 22, Niedner zu Art. 2, Endemann S. 38 Anm. 18, Landsberg S. 41, Kuhlenbeck B.G.B. I Einl. S. 17 u. III S. 456 f, Enneccerus-Lehmann S. 23, Krückmann S. 198, Crome System S. 85 u. Gew.-Recht S. 335.

besondere der Art. 3 des E. G., einer solchen landesgesetzlichen Bestimmung nicht im Wege.[1])

Es ist daher nicht richtig, wenn *Sturm*[2]) diese Frage im entgegengesetzten Sinne beantwortet, weil die der Wissenschaft überlassene Lehre vom Gewohnheitsrecht nicht durch die Landesgesetzgebung geändert werden könne. Darauf ist zu erwidern, daß der Landesgesetzgeber, wenn er innerhalb der Vorbehalte das Gewohnheitsrecht zuläßt oder ausschließt, die Lehre vom Gewohnheitsrecht der Wissenschaft ebensowenig entzieht wie der Gesetzgeber des B.G.B., wenn er das Landesgewohnheitsrecht im Prinzip beseitigt. Die theoretische Anerkennung bezw. Ablehnung des Gewohnheitsrechts durch die Wissenschaft und seine praktische Geltung nach einem bestimmten Gesetze sind zwei grundverschiedene Dinge.

II. Insbesondere für die Gebiete, in denen Landesgewohnheitsrecht bisher ausgeschlossen war.

Das B.G.B. hebt das Landesrecht nicht in seiner Gesamtheit, sondern wie aus Art. 55 (Art. 2) des E. G. hervorgeht, nur dessen privatrechtliche Vorschriften auf. Eine Begriffsbestimmung des Privatrechts gibt das Gesetz jedoch nicht; es entscheiden daher die Verfassungen der einzelnen Gliedstaaten über die Zugehörigkeit eines Rechtssatzes zum privaten oder öffentlichen Recht.[3])

Die Frage nach der Geltung des Gewohnheitsrechts darf man wohl ohne Bedenken dem öffentlichen Recht unterstellen.[4]) Mithin wären die Bestimmungen der Einzelstaaten über die Entstehung und die Kraft des Gewohnheitsrechts als öffentlichrechtliche durch Art. 55 a. a. O. nicht beseitigt worden, und es könnte sich Gewohnheitsrecht in den preußischen, säch-

[1]) Ebenso Mot. S. 9, Mot. z. E.G. S. 148, Stranz S. 779.

[2]) a. a. O. S. 283.

[3]) Vgl. Mot. z. E.G. S. 147.

[4]) Ebenso Zitelmann B.G.B. S. 17, Cosack (4. Aufl.) S. 33, Leonhard B.G.B. S. 49 II b.

sischen und badisch-französischen Gebieten.[1]) in welchen es durch eine allgemeine Regel ausgeschlossen war, auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. in den der Landesgesetzgebung überlassenen Materien nicht bilden. Und trotzdem halten wir das Gegenteil für richtig. Allerdings will das B.G.B. nur auf dem Gebiete des Privatrechts als Kodifikation gelten; aber gerade die Frage, ob neben seinen eigenen Bestimmungen grundsätzlich Landesrecht bestehen soll oder nicht, ist eine solche, die, wie wir gesehen haben, das B.G.B. durchaus selbst beantworten will. Es hieße also die Absicht des Gesetzes vereiteln, wollte man die Frage nach der Geltung des partikularen Gewohnheitsrechts der Entscheidung durch das B.G.B. dadurch entziehen, daß man sie als öffentlichrechtliche bezeichnet und als solche der Kompetenz der Landesgesetzgebung unterstellt. Maßgebend für die Geltung und die Kraft des Gewohnheitsrechts ist heute vielmehr nur das, was das B.G.B. hierüber bestimmt, die allgemeinen Regeln der Landesgesetze über das Gewohnheitsrecht sind durch das Inkrafttreten des B.G.B. beseitigt worden.

Daher kann sich jetzt Landesgewohnheitsrecht auch in den Gebieten, in denen es bis zum 1. Januar 1900 nicht anerkannt war, innerhalb der vom B.G.B. der landesgesetzlichen Regelung unterstellten Materien in gleichem Umfange bilden wie in den Gebietsteilen des Reiches, in denen es schon vor dem genannten Zeitpunkte galt.[2]) Natürlich steht es auch in jenen Territorien dem Gesetzgeber frei, das partikulare Gewohnheitsrecht in den vorbehaltenen Rechtsgebieten durch Gesetz auszuschließen.[3]) Wo sich aber eine solche ausdrückliche Bestimmung des Landesgesetzgebers nicht findet, ist die Entstehung von Gewohnheitsrecht nach dem B.G.B. auch in den Teilen des Reiches möglich, in denen es vorher aufgehoben war.

[1]) Vgl. S. 40 Anm.

[2]) Ebenso jedoch mit anderer Begründung: Eck S. 22 f, Cosack (1. Aufl.) S. 40, Sturm S. 179, Endemann S. 75, Stranz S. 779, A. M. Dernburg Bürg. Recht I S. 75 f. Enneccerus-Lehmann S. 13.

[3]) Vgl. in diesem § unter I a. E.

C. Die Ansicht der Gegner über das Verhältnis des B.G.B. zum Landesgewohnheitsrecht und deren Widerlegung.

Wenn auch das B.G.B. seine Stellung zum Landesgewohnheitsrecht nicht durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung klarlegt, so gibt es diese doch, wie aus den vorangehenden Ausführungen ersichtlich ist, indirekt deutlich zu erkennen. Trotzdem hat es in der kurzen Geltungsdauer des B.G.B. nicht an Versuchen gefehlt, das Gesetz in ein anderes Verhältnis zum Landesgewohnheitsrecht zu bringen, als er selbst einzunehmen wünscht. Bezeichnend für derartige Bestrebungen ist, wenn *Krückmann* sagt, es frage sich, ob man nicht auch dem partikularen Gewohnheitsrecht neben dem B.G.B. „eine Stelle verschaffen könne."[1]) Mit Recht greift *Crome*[2]) Versuche dieser Art als unzulässig an, und durchaus zutreffend nennt er sie eine „drohende Verfälschung des neuen Rechts." Wir haben dem partikularen Gewohnheitsrecht nur die Stellung zuzuerkennen, die ihm anzuweisen der Gesetzgeber für gut befunden hat. Unstatthaft und schädlich für eine gedeihliche Rechtsentwicklung ist es, aus dem Gesetze etwas anderes herauszulesen als darin enthalten ist und hinterher seine eigene Auffassung unter der Flagge des Gesetzes segeln zu lassen.

Die *Cosack*'sche Lehre, nach der das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Gesetzesrecht eine reine Machtfrage ist und der Regelung durch den Gesetzgeber nicht untersteht, haben wir bereits im § 6 kennen gelernt. Als Folge dieser Theorie ergibt sich für das B.G.B.[3]): Besitzt ein jüngeres partikulares Gewohnheitsrecht die tatsächliche Macht, so kann es das B.G.B. mit Wirkung für seinen Geltungsbereich außer Kraft setzen. Eine solche Beseitigung der Bestimmungen des B.G.B. durch Landesgewohnheitsrecht ist nicht bloß in den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien, sondern auf dem Gebiete des ganzen Privatrechts möglich. Die Folgen einer der-

[1]) a. a. O. S. 198.
[2]) Gew. Recht S. 325.
[3]) Vgl. Cosack (1. Aufl.) S. 39 f.

artigen Auffassung sind unübersehbar. Danach könnte ein Teil des Deutschen Reiches auf dem Wege der Gewohnheit das geltende Reichsrecht nach Belieben abändern, ja sogar der Rezeption eines fremden Rechtes stünde nichts im Wege. Und was dem einen Gebietsteil recht ist, ist dem anderen billig. Es wäre mithin denkbar, daß wir wieder in jenen Zustand der Rechtszersplitterung zurückfallen, an dem das deutsche Recht bis in die Neuzeit krankte, und von dem wir glücklicher Weise heute befreit sind.[1]) Mit Recht sagt daher *Oertmann*[2]), die *Cosack*'sche Lehre sei nicht nur „begrifflich, sondern auch wegen ihrer großen sozialen und politischen Gefährlichkeit bedenklich". Allerdings räumt *Cosack* selbst ein, daß seine Theorie zweifellos den Regeln der R. V. und des B.G.B. widerspreche. Streng genommen scheidet mit diesem Zugeständnis ihres Autors die eben entwickelte Lehre aus unserer Betrachtung aus, denn wir haben hier nicht Ansichten de lege ferenda aufzustellen, sondern darzulegen, wie sich das B.G.B. zum Landesgewohnheitsrecht tatsächlich verhält.[3])

Während *Cosack* die Stellung des partikularen Gewohnheitsrechts zum B.G.B. von seiner elementaren, unbeschränkbaren Macht ableitet, stützt sich *Krückmann*[4]) zum Beweise seiner Ansicht, daß Landesgewohnheitsrecht neben dem B.G.B. fortgelte, darauf, daß das Gesetz sich über die Kraft des Gewohnheitsrechts nicht ausspreche. *Krückmann* geht daher auf die R. V. zurück und glaubt aus dieser die Anerkennung des partikularen Gewohnheitsrechts sowohl als ergänzendes wie auch als widerstreitendes folgern zu können. Wir wissen aus den vorangegangenen Ausführungen, daß die R. V. nicht im Sinne *Krückmanns* zu interpretieren ist; wir können aber auch von ihr absehen, da, wie wir unter A dieses Paragraphen

[1]) Vgl. Ecks Kritik der Cosack'schen Lehre a. a. O. S. 24.

[2]) Arch. f. bürg. Recht XV S. 447.

[3]) Ebenso wie Cosack, jedoch ohne die erforderliche Betonung der abweichenden Normierung im B.G.B. Hölder S. 59, Gareis Einl. S. 37 f, Sturm S. 284.

[4]) Der Ansicht Krückmanns schließt sich Kuhlenbeck B.G.B. Einl. S. 18 an.

erörtert haben, aus Art. 55 (Art. 2) des E. G. klar und deutlich hervorgeht, daß die privatrechtlichen Vorschriften des Landesgewohnheitsrechts in ihrer Gesamtheit aufgehoben sind, und zwar ohne Unterscheidung ihres ergänzenden oder derogierenden Charakters.[1]) *Krückmann* will dem ergänzenden partikularen Gewohnheitsrecht neben dem B.G.B. „eine Stelle verschaffen," weil es häufig vorkommen dürfte, daß eine Ergänzung des B.G.B. für ein einzelnes Gebiet erforderlich wird, ein ergänzendes Reichsgesetz aber ausbleibt.[2]) Daß die Bestimmungen des B.G.B. nicht alle territorialen und lokalen Ansprüche befriedigen, ist nicht zu leugnen; trotzdem aber erscheint die Zulassung von ergänzendem Gewohnheitsrecht unnötig, denn das B.G.B. trägt den partikularen Verschiedenheiten dadurch Rechnung, daß es weitgehende Vorbehalte zu Gunsten des Landesgewohnheitsrechts macht. Ferner befiehlt das B.G.B. dem Richter bei seinen Entscheidungen die Verkehrssitte[3]) zu beachten, und gerade diese Anordnung ermöglicht es, den partikularen Bedürfnissen in jeder Hinsicht gerecht zu werden. „Die goldene Pforte für eine volkstümliche, große, deutsche, freie Fortbildung" des Rechtes nennt *Sturm*[4]) diese Gesetzesbestimmung und *Hartmann*[5]) sieht in ihr eine „Quelle für die unvergängliche Lebensfrische und Brauchbarkeit" des Rechtes.[6]) Und schließlich kann man noch als dritten Grund, warum die Zulassung eines ergänzenden Landesgewohnheitsrechts für unsere heutigen Rechtsverhältnisse überflüssig ist, anführen, daß das B.G.B. aus sich selbst durch Analogie und extensive Interpretation ergänzt werden kann.[7])

Während *Krückmann* für die unbeschränkte Anerkennung des ergänzenden partikularen Gewohnheitsrechts eintritt, unter-

[1]) Vgl. Mot. z. E.G. S. 146, Prot. Bd. 1 S. 3.
[2]) So a. a. O. S. 199.
[3]) Vgl. oben § 5.
[4]) a. a. O. S. 280.
[5]) a. a. O. S. 315.
[6]) Vgl. auch Crome Gew. Recht S. 329.
[7]) So Planck I S. 39.

scheidet er beim derogatorischen zwischen dispositiven und zwingenden Sätzen des B.G.B.[1]) Da, so lehrt *Krückmann*, das B.G.B. zwei Parteien gestattet, einen dispositiven Rechtssatz kraft Parteiwillkür ad hoc außer Kraft zu setzen, muß diese Befugnis auch einem größeren Menschenkreise zustehen, und zwar mit der Wirkung, den betreffenden Satz durch Gewohnheitsrecht dauernd zu beseitigen. *Krückmann* übersieht jedoch, daß es sich hierbei um zwei ganz und gar verschiedene Dinge handelt. Trotz der Parteidisposition bleibt der Rechtssatz als solcher bestehen; er kommt nur für das fragliche Rechtsverhältnis nicht zur Anwendung, büßt aber dadurch nichts von der ihm innewohnenden Kraft ein, denn in allen späteren Fällen, in denen die Parteien ihren abweichenden Willen nicht kundgeben, beansprucht er die gleiche unbedingte Geltung wie eine zwingende Rechtsnorm. Die Parteiabrede richtet sich also in Wirklichkeit nicht gegen den Rechtssatz selbst, sondern gegen das aus ihm entstehende subjektive Recht, nur dieses wollen die Kontrahenten abändern. Anders, wenn ein Rechtssatz durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt wird. Hierbei wird die Rechtsnorm nicht für den einzelnen Fall, auch nicht für alle einzelnen Fälle ausgeschaltet, sondern ein für alle Mal umgestoßen, an die Stelle des einen Rechtssatzes tritt ein anderer.' Mit diesem Argument läßt sich also die *Krückmann*'sche Ansicht, nach welcher partikulares Gewohnheitsrecht die dispositiven Sätze des B.G.B. abändern und aufheben kann, nicht verteidigen.[2]) Beschränkter ist nach *Krückmann* die Macht des partikularen Gewohnheitsrechts gegenüber den zwingenden Vorschriften des B.G.B.: Diese können durch Landesgewohnheitsrecht zwar nicht außer Kraft gesetzt, wohl aber abgeändert werden; dabei darf aber das Gewohnheitsrecht weder „den Grundgedanken eines Rechtsinstituts in sein Gegenteil verkehren," noch „eine positive Gesetzesbestimmung aufheben." Derartige Unterscheidungen sind jedoch, wie *Eck*[3])

[1]) a. a. O. S. 204 f.

[2]) Vgl. Mot. Bd. I S. 8. Küntzel S. 488. Endemann S. 38.

[3]) a. a. O. S. 22.

mit Recht betont, durchaus willkürlich, auch bietet das Gesetz für sie nicht den geringsten Anhalt. Insbesondere sind sie dort nicht angebracht, wo es sich um eine prinzipielle Feststellung handelt, ob nämlich Landesgewohnheitsrecht neben dem B.G.B. gilt oder nicht. Daß die Praxis nicht mit so subtilen Differenzierungen arbeiten kann, liegt auf der Hand. Zutreffend bezeichnet *Crome*[1]) die *Krückmann'schen* Ausführungen als „Hirngespinste: ein Homunkulus, der als lebensfähig wohl niemals ins Dasein treten wird."

Gegenüber allen diesen Versuchen, die das partikulare Gewohnheitsrecht in eine Stellung zum B.G.B. bringen wollen, für welche sich im Gesetze keine Stützpunkte vorfinden, muß nachdrücklich betont werden, daß das B.G.B. durchaus das Richtige getroffen hat, wenn es das Landesgewohnheitsrecht grundsätzlich nicht anerkennt. Das B.G.B. würde die Rechtseinheit, die es herstellt, selbst zerstören, hätte es eine Klausel zu Gunsten eines Rechtes aufgenommen, für das gerade seine einheitszersetzende Tendenz bezeichnend ist. Wenn auch territoriale Besonderheiten eine Beachtung im Gesetze erheischen, so darf die Rücksichtnahme auf sie jedoch nicht so weit gehen, daß ihnen die Einheit des geltenden Rechtes zum Opfer gebracht wird. Die Interessen der Teile müssen hinter den Interessen des Ganzen zurücktreten! Man muß einräumen, daß das B.G.B. aus diesem Konflikt der Pflichten den denkbar besten Ausweg gefunden hat, indem es zwar den partikularen Rechtsbedürfnissen in weitestem Umfange Rechnung trägt, Partikularrecht aber neben seinen eigenen Bestimmungen im Prinzip wenigstens nicht aufkommen läßt.

Im übrigen wird man mit gutem Grunde die Möglichkeit einer Entstehung von Landesgewohnheitsrecht für unsere Zeit bezweifeln dürfen. Denn hierzu wäre außer der Ueberzeugung der Uebenden, mit der Uebung eine Vorschrift des geltenden Rechtes zu erfüllen, die Beseitigung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes vom Vorrange des Reichsrechts vor dem Landes-

[1]) Gew. Recht S. 371.

recht auf dem Wege der Gewohnheit erforderlich.[1]) Es ist kaum anzunehmen, daß diese für die Bildung von partikularem Gewohnheitsrecht notwendige Voraussetzung in absehbarer Zeit eintreten wird. Das im deutschen Volke lebende Bedürfnis nach der Einheit seines Rechtes, dessen Frucht das B.G.B. selbst ist, steht dem entgegen!

---

[1]) Vgl. Endemann S. 38, Hölder S. 52, Landsberg S. 42, Sturm S. 178 u. 276.

Schluss.

Der Wert des Gewohnheitsrechts.

Der Wert des Gewohnheitsrechts war nicht in allen Abschnitten der Rechtsgeschichte ein gleicher. In Zeiten mit einer mangelhaft ausgebildeten staatlichen Gesetzgebung hatte es eine maßgebliche Bedeutung für das Rechtsleben; in gewissen Rechtsperioden war es sogar der alleinige Repräsentant des im Staate geltenden Rechtes. Innerhalb der einzelnen Zeitabschnitte müssen wir wiederum einen Unterschied zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten machen: Der Wert des Gewohnheitsrechts im öffentlichen Recht ist ein anderer als der im Zivilrecht, im Strafrecht ein anderer als im Handelsrecht.

Es ist klar, daß in den modernen Staatsgebilden, in denen die Gesetzgebung alle Rechtsgebiete in ihren Bereich zieht und den veränderten Verkehrsverhältnissen durch ununterbrochene Rechtssetzung Rechnung trägt, die Rechtsgewohnheit als rechtsbildender Faktor einen großen Teil ihrer geschichtlichen Bedeutung eingebüßt hat. Besonders wird das Gewohnheitsrecht dort zurücktreten, wo das geltende Recht in einer umfassenden Kodifikation niedergelegt ist. Daß es aber auch heute noch Gelegenheit finden kann, sich zu betätigen, zeigen uns die vorangehenden Ausführungen. Nur wird der Wirkungskreis

des Gewohnheitsrechts um so beschränkter sein, je mehr der Staat durch eine wachsame Gesetzgebung für die Befriedigung der Rechtsbedürfnisse seiner Bewohner sorgt. Sobald aber der Gesetzgeber in der Erfüllung seiner Pflichten säumig werden würde, und insbesondere partikularen Verschiedenheiten die rechtliche Anerkennung verweigerte, würde das Gewohnheitsrecht in kurzer Zeit dieselbe herrschende Stellung im Rechtsleben des deutschen Volkes wiedererlangen, die es schon so oft innehatte.

Lebenslauf.

Ich, Curt Kochmann, bin am 25. August 1882 in Nicolai (Oberschlesien) als Sohn des Kaufmanns Jacob Kochmann und dessen Ehefrau Jenny geb. Opfer geboren. Ich bin jüdischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Vom Jahre 1893 bis zum Jahre 1902 besuchte ich das Gymnasium in Kattowitz (Oberschlesien). Nach bestandenem Abiturium bezog ich die Universität, um Rechtswissenschaft zu studieren. Ich studierte an den Universitäten Berlin (1 Semester), Freiburg i/Br. (1 Semester), München (1 Semester) und Breslau (3 Semester) und hörte während dieser Zeit Vorlesungen bei den Herren Professoren:

Bornhak, Hellwig, Kipp, v. Liszt, Jastrow, Mendel, Rosin, Stutz, Rümelin, Schmidt, v. Schulze-Gävernitz, Gareis, Ullmann, Brentano, Lotz, Dahn, Brie, Leonhard, Fischer, Engelmann, Jörs, Beyerle, Gretener, Heilborn, Kleineidam, Klingmüller, Sombart, Wolf.

Am 7. Dezember 1905 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 21. Dezember 1905 an der Königl. Universität in Breslau das mündliche Doktorexamen. Als Referendar wurde ich dem Königl. Amtsgericht in Nieder-Wüstegiersdorf i/Schl. überwiesen und daselbst am 22. Dezember 1905 vereidigt.